نهاية المطلب

في دراية المذهب

للإمام الحرمين

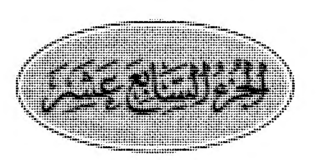
عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني

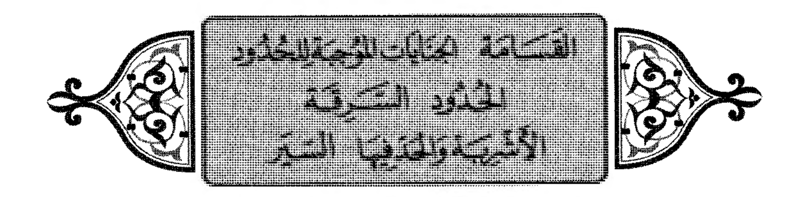
رحمه الله تعالى

(٤١٩-٤٧٨هـ)

حققه وصنع فهارسه

أ.د. عبد العظيم محمود الدّيب









الطبعة الأولىٰ

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م



جدة - هاتف رئيسي ٦٣٢٦٦٦٦ - فاكس ٦٣٢٠٣٩٢

الإدارة ٦٣١١٧١٠ - المكتبة ٦٣٢٢٤٧١



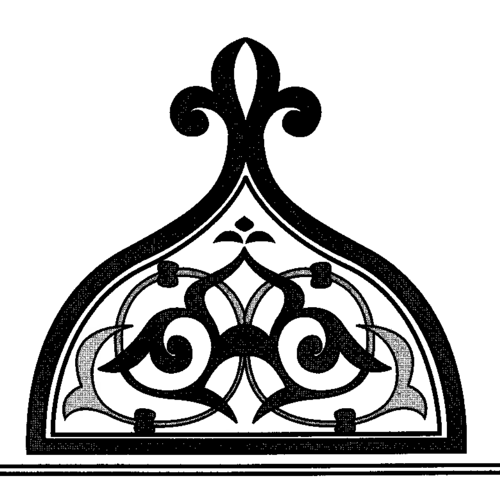
أوّلاً :

هذا الكتاب بينك وبينه ألف عام تقريبا، فإذا رأيت من ظواهر اللغة والأساليب غير مألوفك ومعهودك، فلا تحاول أن تحمل لغته على لغتك، ولا تسارع بحمل ذلك على الخطأ وسهو المحقّق وتقصيره، فهذه هي لغة عصرهم، وهذا أسلوبهم، وهو صحيح سليم، وإن لم يعد مألوفا لدينا ومستعملاً عندنا ولا جاريا على ألسنتنا.

ثانيا :

إبراءً للذمّة، وخروجا عن العهدة ننبّه :

أنّ برنامج الصفّ استحال عليه كتابة الهمزة المتطرّفة المكسور ما قبلها على الياء، مثل: قارئ ، يجزئ . فتنبّه لذلك.

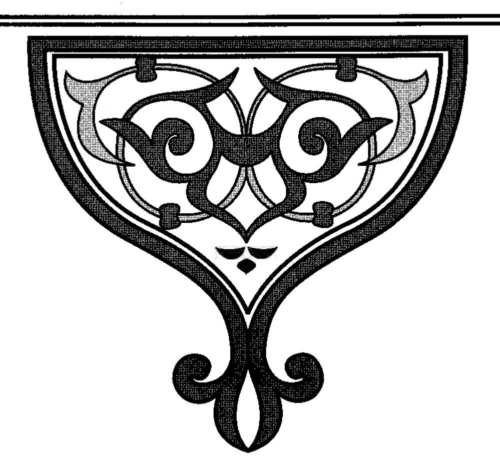


وَلَسْنَا مِنَ ٱلصَّلَفِ عَلَىٰ حَدٍّ نَدَّعِي انتِهَاءَ ٱلنَّظَرِ نِهَايَتَهُ فِي أَمْثَالِ هَٰذِهِ ٱلْمَعَاصَاتِ.

غَيْرَ أَنَّا نَسْتَفْرِغُ ٱلْوُسْعَ فِيمَا نَنْتَهِي إِلَيْهِ، وَطَرِيقُ ٱلْفِقْهِ مُذَلَّلٌ لِكُلِّ ذِي فِطْنَةٍ.

الإمام

في نهاية المطلب



[كتاب القسامة](1)

١٠٨٨٣ـ القسامة من القَسم(2) ، وهو اسمٌ استعمل مصدراً للإقسام علىٰ خلاف القياس الجاري بين الفعل والمصدر ، فإن المصدر المنقاس كقولك : أفعلَ يُفعل الإفعال ، فإذا زادت حروف الفعل علىٰ الثلاثة ، اطرد قياس مصدره ، وإنما تضطرب مصادر أبنية الأفعال الثلاثية ، فمصدر أقسم يُقسم الإقسامُ ، واستعملت القسامة ، وهـٰذا تُسميه النحاة الاسم المقام مقام المصدر ، ونظيره أكرم إكراماً وكرامة ، والفَعالة تقع في أبنية مصادر الأفعال الثلاثية [المجرّدة](3) ، وهو يكثر في مصادر فعُل يفعُل كالعبالة ، [والضخامة](4) ، والقسامة ، والوسامة حسنُ الوجه مع الوضاءة والتلألؤ .

ولا اختصاص في اللغة والشرع للقسامة بالأيمان الجارية في الدماء ، ولـٰكن تواضع الفقهاء على استعمال هـٰذه اللفظة في الأيمان المتعلّقة بالدماء ، واستعملها **أصحابنا** في الأيمان التي تقع البداية فيها بالمدّعي .

١٠٨٨٤ـ واعتمد **الشافعي** رضي الله عنه في الكتاب بقصة عبد الله بن سهل ، روىٰ بإسناده عن سهل بن أبي حَثْمة أن عبد الله بن سهل [ومُحَيِّصة بن مسعود](5) خرجا إلىٰ خيبر نهاراً ، وتفرقا في حوائجهما بعد العصر ، فأخبر محيصة أن عبد الله بن سهل قتل

---

(١) هـٰذا العنوان لم يظهر بالأصل . ومكانه بياض بمقدار سطر واحد ، مما يجعلنا نرجح أن الناسخ كان أحياناً يكتب العناوين بالحمرة ، وهـٰذا سرّ عدم ظهورها عند تصوير المخطوط .

(٢) عبارة الأصل فيها تكرار ، هـٰكذا : القسامة من القسَم ، وهي من القسم ، وهو اسم . . .

(٣) مكان بياضٍ بالأصل .

(٤) في الأصل : « والصحابة » .

(٥) سقط من الأصل .

وطرح في فقير[١] أو عين ، ورآه يتشحط في دمه ، فأتى اليهود [وقال][٢] : إنكم قتلتموه ، فأنكروه ، وقالوا : ما قتلناه ، فرجع إلىٰ قومه وأخبرهم [بالقصة][٣] فقام حُويِّصة ومُحَيِّصة وهما عمّا المقتول ومعهما عبد الرحمـٰن بن سهل أخو المقتول ولقوا النبي صلى الله عليه وسلم في رجال من قومهم ، فذهب مُحَيِّصة ليتكلم ، لأنه كان صاحب القصة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « كبِّر كبِّر » يريد السنَّ ، أي يتقدم الأكبر منكما ، فتكلم حُويّصة ، ثم أخوه محيّصة ، ثم عبد الرحمـٰن بنُ سهل ، فقال النبي عليه السلام : « **إما أن يدوا صاحبكم أو يؤذَنوا بحرب** » فكتبوا إلى اليهود ، فكتبوا في الجواب : « والله ما قتلناه » ، فقال صلى الله عليه وسلم/ لحويّصة ومحيّصة : « **أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟** » فقالوا : كيف نحلف علىٰ أمرٍ لم نشاهده ؟ فقال عليه السلام : « **تبرئكم اليهود بخمسين يميناً** » فقالوا : إنهم ليسوا مسلمين ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم بمائة من الإبل ، قال سهل لقد ركضتني منها ناقةٌ حمراء »[٤] .

ي ١٩٣

فذهب **الشافعي** رضي الله عنه إلىٰ أن القتل إذا وقع وظهر اللوث كما سنصفه ، فالبداية في التحليف بالمدعي ، [وكانت البداية بالأيمان][٥] مشروطة بالعلامات الدالة علىٰ صدق المدعي ، **وهـٰذا هو الذي يسمى اللوث** ؛ [والمرعيُّ][٦] في ذلك حقنُ الدماء ، وكفّ أيدي المغتالين ، وأكثر ما يقع القتل ـ والرعايا تحت الإيالة والسياسة ـ اغتيالاً ، وَيعزّ إثباته بالشهادة ، فاحتاط الشرع ، وأثبت البداية [بالأيمان][٧] مشروطة

(١) الفقير : البئر القريبة القعر ، الواسعة الفم ، وقيل : هو الحفيرة التي تكون حول النخل . (ر . شرح مسلم للنووي) .
(٢) زيادة من نص الحديث .
(٣) في الأصل : « بالنص » .
(٤) حديث سهل بن أبي حثمة في القسامة متفق عليه (ر . اللؤلؤ والمرجان : كتاب القسامة ، باب القسامة ، ح١٠٨٥) .
(٥) في الأصل : « والأيمان كانت البداية » .
(٦) في الأصل : « والمدعىٰ » .
(٧) زيادة من المحقق علىٰ ضوء السياق .

بظهور اللوث المصدِّق ، ثم غلّظ الأمر بتعديد الأيمان ، حتىٰ [لا يجازفَ][١] المدَّعي [ولا يهجم][٢] .

١٠٨٨٥ـ وهـٰذا يناظر في قاعدة الشريعة اللعان ، وقد ذكرنا في كتابه أن اعتماد الزوج في القذف واللعان بَعدَه علىٰ لوثٍ يظهر عنده تلطيخ المرأةِ الفراشَ ، وألفاظ الملاعن علىٰ صيغ الأيمان ، وقد وقعت البداية بمن هو في مقام المدَّعي .

ولـٰكن بين القسامة وبين اللعان فرقٌ ، وذلك [أن لا ابتداء][٣] بالمدعي ما لم يظهر اللوث عند القاضي ، ولا يشترط إظهار [الأسباب][٤] الدالة على الزنا عند القاضي ، والسبب فيه أن الإقدام على الخبائث يخفىٰ غالباً ، ولا يطلع عليه إلا مُداخل ، فوقع الاكتفاء باطلاع الزوج ، ثم بَعُدَ أن يفضح الزوج نفسَه ، فحلّ ذلك محل ظهور اللوث عند القاضي ، حتىٰ يحل في حق المدعي محل اليد ، في حق المدعىٰ عليه في الخصومات المالية .

وكان اللوث بيّناً في قصة عبد الله بن سهل ، فإن اليهود ما زالت [تضمر غوائلها][٥] للمسلمين ، وقد جرى القتل في حيطتهم المحيطة بهم .

١٠٨٨٦ـ ثم ذكر **أصحابنا** صوراً في اللوث نرسلها حتىٰ يتعلق بها فهم الطالب تعلقاً كلياً ، ثم [نستقبل][٦] تفصيلها وضبطها جهدنا ، فمما ذكره **الأصحاب** في صور اللوث أن يتفرق جماعة [فينحصرون عن قتيل][٧] ، فيغلب على القلب أنهم قتلوه ، أو بعضهم . ومن دخل علىٰ جماعة من الأعداء [ضيفاً][٨] فوُجد قتيلاً فيما بينهم ، كان

---

(١) في الأصل : « يحادف » . وجازف في كلامه : إذا أرسله إرسالاً من غير قانون ، وعلىٰ غير روية . (المعجم والمصباح) .
(٢) في الأصل : « ولا يغرم » .
(٣) في الأصل : « أن الابتداء بالمدعي » .
(٤) في الأصل : « الأنساب » .
(٥) في الأصل : « تضم عواقلها » .
(٦) في الأصل : « نستقلّ » .
(٧) في الأصل : « فيحصرون عن قتل » .
(٨) في الأصل : « صفاً » .

ذلك لوثاً . وإذا تقابل صفان فوجد قتيل في أحد الصفين ، فهـٰذا لوث في لواء الذين كانوا يقاتلون هـٰؤلاء .

وقال بعض المتصورين : إذا وجدنا قتيلاً في سكة [منْسَدّة][١] الأسفل وفيها أعداء للقتيل ، فهـٰذا لوث ، وإذا وجدنا قتيلاً في صحراء ، وعلىٰ رأسه رجل قائم متشحط[٢] بالدم وبيده سكين ، فهـٰذا لوث/ . ش ١٩٣

وإذا وجدنا قتيلاً في شارع [منفتح][٣] ، أو في صحراء ، ولم نجد بالقرب منه أحداً ، فلا لوث في هـٰذا القتل .

١٠٨٨٧ـ فإذا فهم اللوث على الجملة ، فإنا نخوض بعد هـٰذه التوطئة في إيضاح اللوث ، وأول ما نرى البداية به أنه إذا ظهر عند الحاكم لوثٌ مع جماعة محصورين ، وكان المدعي يدعي القتل علىٰ واحد منهم ، فالقاضي يبدأ بالمدعي ويحلّفه ، ولا يشترط أن يظهر عند القاضي [عينُ][٤] المدعىٰ عليه بالقتل ، [بل][٥] يكتفىٰ أن يكون العين من جملة اللوث ، والسبب فيه أن اللوث الذي أطلقناه آيل إلىٰ علامة ظاهرة في تصديق المدعي ، ولا يشترط أن يبلغ مبلغ التحقيق ؛ فإن القاضي لا يتحقق عنده أمرٌ إلا [ببيّنة][٦] أو إقرار ، فلو قامت بينة ، لثبت القتل بها ، [وكذلك][٧] الإقرار من القاتل .

وإذا كان كذلك وقد شملت العلامة المسماة باللوث جماعة ، ففي حق كل واحد قسط من اللوث ، وذلك كافٍ ، والتعيين [تخصيص][٨] ، والأيمان مشروعة لإثباته .

---

(١) في الأصل : « مستدّة » .
(٢) عبارة الغزالي في البسيط ، والنووي في الروضة : متلطخ . ومعنىٰ تشحّط في دمه : أي اضطرب (المعجم) .
(٣) في الأصل : « ميتاً » .
(٤) في الأصل : « من » .
(٥) في الأصل : « أن » .
(٦) في الأصل غير مقروءة ، ورسمت هـٰكذا : (بمينه) تماماً .
(٧) في الأصل : « وذلك » .
(٨) في الأصل : « تنصيص » .

والذي يحقق ذلك أن اللوث لو تعلق بواحد ، فلا يقين ، [والبداية][١] بالمدعي ، [فكذلك][٢] إن اشتمل اللوث جماعة .

ووراء ذلك سر مصلحي[٣] ، وهو أن تعيين واحدٍ من جمع مما يعسر إظهار اللوث فيه على التخصيص ، وإذا ثبت أصل اللوث ـ والتغليظ على المدعي ، [بتعدد][٤] اليمين ـ كفىٰ [وأقنع][٥] ، وهـٰذا ذكرناه نقلاً من كلام **صاحب التقريب** ، وصرح به **القاضي** ، ودل عليه فحوىٰ كلام **الأئمة** ، والتعليل ظاهر فيه [ممّا][٦] أوضحناه ، والقتلُ الذي جرىٰ في خِطة اليهود [لوث تعلق][٧] بجمع ، والرسول صلى الله عليه وسلم أثبت التحليف بدايةً بالمدعين ، ولو آل الأمر إلى الحلف وإقامة الخصومة ، لعينوا . هـٰذا ما يقتضيه ترتيب الخصام ، وكان اللوث معلوماً مع جمع اليهود القاطنين [لتلك الحِلّة][٨] .

١٠٨٨٨ـ فإذا تمهد ما ذكرناه ، فلو علم القاضي اللوثَ بنفسه بأن [عاين][٩] بعضَ ما نصصنا عليه في تصورات اللوث ، [بنىٰ][١٠] عليه ، ولا يخرّج هـٰذا على اختلاف القول في أن القاضي هل يقضي بعلمه ؛ فإن هـٰذا ليس قضاء منفذاً ، وإنما هو إقامة حجة معتضدة بظاهرٍ مغلِّب على الظن .

١٠٨٨٩ـ ثم قال **الأئمة** : لو شهد جمع من النسوان والعبيد عند القاضي بوقوع

---

(١) في الأصل : « والدراية » .
(٢) في الأصل : « وكذلك » .
(٣) كذا تماماً . وقدرتُ أنها (مصطلحي) ، ولـٰكن هـٰذا اللفظ لم يسبق من قبل علىٰ طول الكتاب .
(٤) في الأصل : « تعدد » .
(٥) في الأصل : « واقع » .
(٦) في الأصل : « فما » .
(٧) في الأصل : « لوثة فتعلق » .
(٨) في الأصل : « لذلك الحيلة » .
(٩) في الأصل : « علىٰ » .
(١٠) في الأصل : « كفىٰ » .

القتل ، علىٰ حسب ما يدعيه المدعي ، فهٰذا لوث ، وإن كانت شهاداتهم لا تقبل ، وهٰذا الذي ذكره **الأصحاب** فيمن يعتمد [قولهم من][1] النسوة والعبيد .

ولو أنهى القتلَ إلى القاضي جمعٌ من الصبيان ، وظهر من [كثرتهم][2] [وإتيانهم][3] من كل صوب أنهم ليسوا محمولين علىٰ مقالهم ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن هٰذا إظهار اللوث/ **والثاني** ـ أنه لا عبرة بأقوالهم ، فإنا [لو][4] كنا نكتفي بالغلبة على الظن من غير ضبطٍ في المسلك المغلِّب ، للزم أن يقال : العدل الرضا [المرموق][5] بالأمانة الذي لم نجرب عليه [خيانة][6] علىٰ طول الزمن إذا ادعىٰ وعيناه [منهملتان][7] ، فقد يغلب على الظن صدق مثله ، ومن أحاط [بما ذكرناه][8] في قرائن الأحوال من كتاب الأخبار[9] لم يخف عليه ما رمزنا إليه . ولٰكن لا تعويل علىٰ هٰذا . ولا ينتهي الأمر إلى الاكتفاء بكل ظن .

ي ١٩٤

وتردد **الأئمة** في جمع من الفسقة لا يفرض [منهم التواطؤ][10] على الكذب ، فقال بعضهم : إذا [أخبروا][11] القاضي بوقوع القتل ، ثبت اللوث وجهاً واحد ؛ فإن

---

(١) في الأصل هٰكذا : « ولوهم بين » . والمثبت اختيار منا علىٰ ضوء ألفاظ الغزالي في البسيط .

(٢) مكان كلمة غير مقروءة بالأصل (انظر صورتها) .

(٣) في الأصل : « وإثباتهم » .

(٤) في الأصل : « إن » .

(٥) في الأصل : « المرفوق » .

(٦) في الأصل : « جناية » ، ولا معنىٰ لها في هٰذا السياق .

(٧) في الأصل : « مهاسان » (كذا تماماً) وعبارة الغزالي : تذرفان . والمثبت اختيار منا لأقرب صورة تؤدي المعنىٰ . فعسىٰ أن تكون هي لفظة الإمام .

(٨) في الأصل رسمت هٰكذا : يميناً لٰكنا . (تماماً) .

(٩) ليس للإمام كتاب بهٰذا الاسم ، وإنما هو يشير إلىٰ كتاب الأخبار من كتابه (البرهان في أصول الفقه) وفيه حديث وافٍ عن قرائن الأحوال وأثرها في صدق المخبرين . (راجع علىٰ سبيل المثال الفقرة : ٥٣٠ من البرهان وما بعدها) .

(١٠) في الأصل : « من النواظر » .

(١١) في الأصل : « أخبر » .

أقوالهم على الجملة معتبرة ، وعباراتهم صالحة [للعقود][1] والحلول ، والصبي [مسلوب][2] العبارة ، لا حكم للفظه ، ولا أثر لقوله .

ومن **أصحابنا** من ذكر في إخبار الفسقة وجهين .

[وإذا][3] جمعنا الفسقة إلى الصبيان ، انتظم [فيهم][4] **ثلاثة أوجه : الأول** ـ القبول . **والثاني** ـ الرد . **والثالث** ـ الفصل بين الفسقة وبين الصبيان .

١٠٨٨٩/ م ـ وهـٰذا الفصل عندي يحتاج إلىٰ مزيدٍ في الكشف ، فأقول : إن [أخبر القاضي عدلٌ][5] واحد ـ تقبل شهادته ـ بوقوع القتل علىٰ صيغة الإخبار ، فهـٰذا يُثبت اللوث ؛ فإنا لا نشترط في ثبوته مراسم الخصومات ، ورعايةَ ترتيبها ، وكنت أود لو قيل : كل من تقبل روايته يَثْبت اللوث بقوله ، ويخرج منه الاكتفاء بقول امرأة ثقة ، وعبدٍ موثوق به ، فإن لم يظهر الثقة ولا نقيضها ، [فنُحْوَج][6] إلىٰ تظاهر الأخبار علىٰ وجه يغلِّب انتفاءَ التواطؤ ، هـٰذا [إذا ما][7] أطلق **أصحابنا** في النسوة والعبيد العددَ ، والبعدَ عن إمكان [التواطؤ][8] ، ولم يأتوا بالتفصيل الذي ذكرته .

وليس فيما ذكروه أيضاً الاكتفاء بإخبار عدلٍ ، فإنهم ذكروا شهادة شاهد ، والشهادة تختص بصفة وترتيب محل مخصوص في المنازعة ، وإذا كان [التسامع بصدور القتل من][9] شخصٍ عند وجود [القتيل][10] بالقرب منه لوثاً كافياً ، فإخبار عدل واحدٍ عن

---

(١) في الأصل : « العقد » .
(٢) في الأصل : « مسألة » .
(٣) في الأصل : « إذا » .
(٤) في الأصل : « منهم » .
(٥) في الأصل : « أخر القاضي عزل » .
(٦) في الأصل : « فنخرج » .
(٧) في الأصل : « ما إذا » .
(٨) في الأصل : « النواظر » .
(٩) ما بين المعقفين مكان عبارة مضطربة هـٰكذا : « السامع يصد رآه مع شخص . . . » .
(١٠) في الأصل : « القتل » .

وقوع القتل في عينه ليس ينحط [عنه][١] ، ولو روىٰ [خبراً أجرىٰ فيه حكماً قُبل ، واعتمد][٢] في تأسيس الشرع[٣] .

وينتظم من مجموع ما ذكرناه مسلكٌ أحببتُه واخترتُه ، ومسلك **الأصحاب** شهادة ولو من واحدٍ ، أو ما يقرب من حد التواتر من جمع ليسوا من أهل الشهادة والله أعلم بالصواب .

١٠٨٩٠ــ ثم قسم **الأصحاب** اللوث قسمين : فقالوا : قسم يظهر اللوث في معين ، وهـٰذا بمثابة أن يرى القاضي شخصاً متضمخاً بالدم ، قائماً علىٰ قتيل وبيده سلاح/ فالذي ثبت مختص بمعين ، كما قدمنا تصويره ، وبنينا عليه أن القاضي يكتفي به ولا يُحوِج المدعي إلىٰ إثبات ظهور اللوث مختصاً بمن يدعي عليه .

ش ١٩٤

ولو شهد شاهدان علىٰ أن فلاناً قتل أحد هـٰذين المقتولين ، لم يكن ذلك لوثاً يسوِّغ اليمين للمدعي ، ولو شهدا أنه قتل القتيلَ أحدُ هـٰذين الرجلين ، فقد قال **القاضي** : هـٰذا لوث يسوّغ للمدعي القسامة فيه ، إذا عين أحدهما .

وهـٰذا فيه نظر ، وفي الطرق ما يخالف هـٰذا ؛ من جهة أنهما لم يثبتا للرجلين سبباً حاملاً على القتل ، بخلاف ما لو ثبتت عداوةٌ منهما [ثم][٤] استبهم القتل بينهما ؛ فإنهما شهد الشاهدان علىٰ قتل [منهما][٥] : من أحدهما ، وهـٰذا لا يظهر لوثاً ثابتاً [حيالهما][٦] ، والمسألة محتملة .

---

(١) في الأصل : « فيه » .
(٢) ما بين المعقفين مكان كلام غير منتظم ، وصورته هـٰكذا : « قتلا أجرىٰ فيه حكما قاتلا راد بالاعتمد » كذا تماماً .
(٣) المعنىٰ هنا أننا إن جعلنا التسامع بوجود فلان بالقرب من القتيل لوثاً ، فكيف لا نجعل قول العدل : إنه شاهد القتل لوثاً ، مع أن هـٰذا العدل لو روىٰ خبراً في حكم من الأحكام ، لقبل واعتمد في تأسيس الشرع .
(٤) في الأصل : « لم » .
(٥) في الأصل : « منهم » .
(٦) في الأصل : « فلأنهما » .

[وذكر](١) **العراقيون** وجهين فيه إذا ثبت أصل اللوث في القتل ، ولم يثبت لوث في وقوعه عمداً ، وذلك بأن نرىٰ مزدَحماً ، ثم يفرض تفرقهم عن هلاك ، ولم يتحقق منهم عداوة ، وجوزنا أن يكون القتل عن ضغط وزحمة من غير عمد : **أحد الوجهين** ـ [أن له أن](٢) يحلف علىٰ أصل [القتل](٣) **والثاني** ـ ليس له ذلك ؛ فإن القتل يتردد [بين أن](٤) يغرم الدية فيه ، كما يتردد [هو](٥) في نفسه [بين أن](٦) يكون عمداً أو خطأ ، فعلىٰ هـٰذا يعسر منه إثبات القتل المطلق ؛ فإن الضرب على العاقلة مشروط بنقيض العمد ، كما أن الضرب على القاتل مشروط بالعمد المحض . و[يردُّ](٧) الوجهَ الثاني ـ أن أصل القتل يثبت لتحقق اللوث .

ولا خلاف أنه لو أراد أن يحلف على العمد ، ولم يظهر في العمد لوث لم يمكن [من](٨) ذلك .

وفي هـٰذا الفصل بقية سنشرحها عند ذكرنا صفات الدعوىٰ .

١٠٨٩١ـ ثم إن ادعى المدعي القتل خطأ ، وحلف ، فالدية على العاقلة ، وإن ادعى العمدَ المحض ، فالدية مغلظة في مال المدعىٰ عليه إذا حلف .

وهل يُسلَّط [علىٰ](٩) الدم بأيمان القسامة إذا حلف المقسِم على العمد المحض ؟ فعلىٰ **قولين** : المنصوص عليه في **القديم** أن القود يثبت بأيمان القسامة إذا حلف المقسِم ؛ لأنها حجة من المدعي في إثبات القتل ، فأشبهت البيّنة ، وهـٰذا قد يعتضد

---

(١) في الأصل : « ذكر » . (بدون واو) .
(٢) مكان كلمات غير مقروءة ، رسمت هـٰكذا : (إدا باب ود) كذا تماماً .
(٣) في الأصل : « القتيل » والمراد بأصل القتل القتلُ المطْلَق أي غير الموصوف بعمدٍ ولا غيره ، وهـٰذا لا موجَب له ، كما ظهر من الشرح في الوجه الثاني .
(٤) في الأصل : « من » .
(٥) في الأصل : « وهو » .
(٦) في الأصل : « بأن » .
(٧) زيادة لا يستقيم الكلام إلا بها .
(٨) في الأصل : « في » .
(٩) زيادة من المحقق .

بأن الغرض من إثبات حق البداية عصمةُ الدماء عن اغتيال المغتالين ، وإنما تتحقق العصمة بإيجاب القصاص ، وإذا كنا نوجب الرجم على المرأة بلعان الزوج ، لم يبعد أن يناط القصاص بأيمان القسامة .

والمنصوص عليه في **الجديد** أن القود لا يثبت ، ولا ينبغي أن ننتهي في الاحتياط للدم إلىٰ سفكٍ من غير تَبَتٍ ، وليس ما نحن فيه كاللعان ؛ فإنها [بامتناعها][١] عن اللعان حققت من نفسها الزنا ، مع ما تحقق/ من لعان الزوج ، ولو ثبت القصاص بأيمان القسامة ، لم يجد المدَّعىٰ عليه ما يدرؤه . ي ١٩٥

وقد [ينتهي][٢] الكلام في قواعد اللوث [إلى القضاء][٣] على الخصم بقول المدعي من غير أن نُثبت للمدعىٰ عليه ما يدرؤه[٤] .

وقد انتهى الكلام في قواعد اللوث ، وموضع البداية .

١٠٨٩٢ـ فإن لم يظهر لوثٌ عند القاضي ، جرينا علىٰ قياس الخصومات ، وحلّفنا المدعىٰ عليه ، ثم اختلف قول **الشافعي** في أنا نحلّفه خمسين يميناً ، أو نكتفي بيمين واحدة قياساً علىٰ سائر الخصومات التي تجري الأيمان فيها .

[**أحد القولين ـ** أنا][٥] كما نجري على القياس في البداية بالمدعىٰ عليه ، وجب أن نجري على القياس في الاكتفاء باليمين الواحدة ، وليس هـٰذا كما إذا بدأنا بالمدعي ؛ فإن اليمين [حادت عن][٦] ترتيبها ، وصورتُها تصْديقُ المدعي بقول المدعي ، فاحتيج فيه إلىٰ تغليظ وتأكيد .

والقول الثاني ـ أنا وإن بدأنا بالمدعىٰ عليه ، فإنا نحلّفه خمسين يميناً ، ونطرد هـٰذا العدد في الخصومات المتعلقة بالدماء ، سواء يجري التكليف علىٰ ترتيب سائر الدعاوىٰ أو وقعت البداية بالمدعي .

---

(١) في الأصل : « مساغها » .
(٢) في الأصل : « انتهىٰ » .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .
(٤) في العبارة نوعُ قلق وتكرار ، ولـٰكن حاولنا إقامتها بقدر المستطاع حتىٰ يستقيم المعنىٰ .
(٥) زيادة اقتضاها السياق .
(٦) في الأصل : « جارت علىٰ » .

وإذا حلّفنا المدعىٰ عليه ، فنكل عن اليمين ، فاليمين مردودة على المدعي ، واختلف القول في أنا هل نكتفي بيمين واحدة إذا هي رُدت على المدعي ، أم نقول : لا بدّ وأن يحلف خمسين يميناً علىٰ نحو ما تقدم ؟ والضابط أن اليمين متعددة على المدعي إذا وقعت البداية [به][1] ، فإن البداية مخالفةً في وضعها ترتيبَ الخصومات ، وفي تعددها والاكتفاء بواحدة منها قولان ، وهـٰذا يجري في اليمين الموجهة على المدعىٰ عليه ، وفي اليمين المردودة على المدعي بعد [نكول][2] المدعىٰ عليه .

ولو كان القتل المدعَىٰ خطأ ، فأقام المدعي شاهداً عدلاً ، فأراد أن يحلف معه لإثبات الدية ؛ فإن المال يثبت بالشاهد واليمين ، فإذا كان القتل خطأ ، فالمقصود منه المال ، وإذا أراد أن يحلف مع الشاهد ، فيحلف يميناً واحدة أم خمسين يميناً ؟ فعلىٰ **القولين** المقدّمين .

١٠٨٩٣ـ وذكر **الأصحاب** على الاتصال [بهـٰذا][3] أمراً في ظاهره اختلاط ، ونحن نورده علىٰ وجهه ، ثم نبين طريق التحقيق فيه . قالوا : إن أقام المدعي شاهداً واحداً وأراد أن يحسبه ويقدرَه لوثاً [وما][4] كان ثبت اللوث عند القاضي بجهةٍ أخرىٰ ، فإنه يحلف بعد ظهور اللوث بالشاهد الواحد خمسين يميناً ، وإن أراد ألا [يُقيمه][5] لوثاً ، ويحلف معه علىٰ قياس اليمين مع الشاهد ، فله ذلك .

فهـٰذا فيه اضطراب : فأما إن قلنا : إنه يحلف مع الشاهد الواحد خمسين يميناً ، فلا فائدة في هـٰذا التقسيم ، ولا معنىٰ لإرادته إثباتَ/ اللوث ، أو إقامة اليمين مع ١٩٥ ش

(١) زيادة من المحقق .
(٢) في الأصل : « أن يكون » .
(٣) في الأصل : « فهـٰذا أمرا في ظاهر » .
(٤) في الأصل : « ما » (بدون واو) .
(٥) في الأصل : « يقيم » .

* تنبيه : ليس ما تراه من حواشٍ ـ من أول ربع الجراح ـ فروقَ نسخ ، وإنما هو العناء في إقامة النص عن نسخة وحيدة ، فالمثبت في مقابلة هـٰذه الحواشي من استكناه المحقق وتوسُّمِه .

الشاهد ؛ فإذا كانت الألقاب [تتم](١) ولا تقبل مزيداً ، فلا حاصل لها ولا معنىٰ لنفيها وإثباتها(٢) ، فإن قلنا : إنه يحلف مع الشاهد يميناً واحدة والقتل خطأ ، فلا معنىٰ لتقسيم إرادته ، ويكفيه يمين واحدة ، فإذا [رغب في مزيد](٣) ، لم يحلِّفه القاضي ؛ فإن الحجج إذا قامت ، ثبت نتائجها ، ولم يختلف الأمر بمقصود المدعين إذا كانوا مصرّين على الدعوىٰ . نعم ، إن كان المدعَىٰ قتلاً عمداً ، وقلنا : القصاص يناط بأيمان القسامة ، فيثبت اللوث بالشاهد الواحد ، فإن أراد القصاص حلف خمسين يميناً ، وإن اقتصر علىٰ يمين واحدة ، لم يثبت القصاص .

ثم من ادعىٰ قتلاً عمداً ، وأقام شاهداً وامرأتين ، أو أقام شاهداً وحلف يميناً واحدة تفريعاً علىٰ [أن](٤) اليمين الواحدة كافية مع الشاهد ، فالقصاص لا يثبت ، وفي ثبوت المال تردد ، سيأتي في باب الشهادة على الجناية .

فهٰذا مما يجب تحصيله في ذلك ، ووضوحه مغنٍ عن الإطناب فيه .

١٠٨٩٤ـ ثم ذكر **الأصحاب** على الاتصال بنجاز القول في اللوث ومعناه أصلاً ، ونحن نذكره موضّحاً ، فنقول : إذا أقام اللوثَ ، ونكل المدعي عن أيمان القسامة لما عُرضت عليه ، فيحلف المدّعىٰ عليه ، وفي تعديد اليمين عليه قولان ، فإن حلف ، انقطعت الخصومة إلا أن يقيم المدعي بيّنة ، فنقدم البينة العادلة على اليمين الفاجرة .

وإن نكل المدعىٰ عليه في اليمين ، فهل ترد اليمين على المدعي ؟ فعلىٰ **قولين ـ أطلق الأصحاب حكايتهما : أحدهما** ـ أنا لا نرد عليه ؛ فإنه قد نكل عن اليمين في هٰذه الخصومة ، ولو رددنا عليه ، لكانت صيغة يمين الرد كصيغة أيمان القسامة ، والخصومة متحدة ، والمقصود واحد .

---

(١) في الأصل : « لا تتم » .

(٢) المعنىٰ إذا المدعي سيحلف مع الشاهد الواحد ، فلا معنىٰ للفرق بين أن نجعل شهادته لوثاً ، فيكون القضاء باللوث واليمين ، وبين أن نجعل شهادته شهادة يُقضىٰ بها مع اليمين .

(٣) في الأصل : « ادعت في مرتد » .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

والقول الثاني ـ أنا [نرد][١] عليه اليمين ، فإنه نكل عن اليمين عن تكلف ، وهٰذا مقام آخر ، فصار تعدد المقام كتعدد الخصومة وتعدد المقصود .

وكان **شيخنا** يقول : هٰذان القولان مبنيان علىٰ أن يمين الرد هل تتعدد أم لا ؟ فإن قلنا : إنها لا تتعدد ، فاليمين مردودة عليه ، فإن نكوله عن أيمان القسامة محمول علىٰ [رغبته][٢] عن كثرة الأيمان ، وطلبِه الاقتصارَ علىٰ يمين واحدة .

وإن قلنا : إن يمين الرد تتعدد كما تتعدد أيمان القسامة ، [فلا][٣] ترد اليمين عليه لما ذكرناه من اتحاد المطلوبِ والخصومةِ ، [واستواءِ][٤] كيفيات الأيمان .

وقال قائلون : [إن][٥] قلنا : [يمين][٦] الردّ [يتعدد][٧] فالقولان جاريان .

ثم هٰؤلاء سلكوا/ **مسلكين** : **أحدهما** ـ أن المقام يتعدد كما ذكرناه في توجيه القولين . **والثاني** ـ أن المدعي معتمده في أيمانه اللوث ، فربما يبغي استظهاراً بنكول المدعىٰ عليه ، فإن نكوله من العلامات الواضحة علىٰ صَدَرِ القتل منه . ١٩٦ ي

فانتظم مما ذكرناه **مسلكان** : **أحدهما** ـ تطبيق القولين في الرد على القولين في أن يمين الرد هل تتعدد .

والمسلك الثاني ـ أنا إن قلنا : يمين الرد تتّحد فَتُردُّ ، وإن قلنا : [تتعدّد][٨] فعلىٰ قولين .

وقال قائلون : إن قلنا : يمين الرد تتعدد ، فلا رد قولاً واحداً ، وإن قلنا : تتحد ، ففي الرد قولان : **أحدهما** ـ أنها تُرد [لغرض][٩] الاتحاد . **والثاني** ـ أنها لا ترد ؛ فإن

---

(١) في الأصل : « لا نرد » .
(٢) في الأصل : « ترغيبه » .
(٣) في الأصل : « ولا » .
(٤) في الأصل : « فاستوىٰ » .
(٥) في الأصل : « وإن » .
(٦) سقطت من الأصل .
(٧) في الأصل : « لتعدد » .
(٨) في الأصل : « تتردّد » .
(٩) في الأصل : « لفرض » .

تكرير الأيمان على الصدق لا يضر ، وإن فرض ردٌّ ، فاليمين الواحدة في معنى الأيمان .

١٠٨٩٥ـ والذي أراه في هـٰذا ـ وفيه تحقيق واضح يستدعي تقديم مقدمة ـ وهو أن المدعىٰ عليه في سائر الخصومات إذا ظهر نكوله عن اليمين ، فاليمين مردودة على المدعي ، ولو أظهر النكول ، ثم رغب في اليمين ـ قبل اتفاق الرد ـ لم نبال برغبته ، وسيأتي معنىٰ ظهور النكول في موضعه ، إن شاء الله ، فإن رددنا اليمين ، وأظهر المدعي النكولَ عن يمين الرد ، ثم رغب فيها ، فهل نحلّفه ؟ فيه اختلاف بين **الأئمة** .

والضابط الذي تمس الحاجة إلىٰ ذكره أن كل نكول يتعلق به حق حلف حالف بعد النكول ، فذلك النكول إذا ظهر ، فلا عوْد من الناكل ، وكل يمين لا يمين بعدها في مراتب الخصومات ، فالنكول عنها هل يُبطل حقَّ الناكل ؟ فيه خلاف .

١٠٨٩٦ـ عدنا إلىٰ غرضنا من المسألة فنقول : تُعدّ أيمان القسامة يمين المدّعي [فإذا نكل عنها ، رُدت إلىٰ][١] المدعىٰ عليه ، فينفذ حكمُ النكول عن أيمان القسامة [بتحليف][٢] المدعىٰ عليه ، وإذا نكل المدعىٰ عليه ، فترتيب الخصومة يقتضي أن يكون بعد نكوله ردٌّ ، فهل نعود للمدعي وقد جرىٰ [منه][٣] النكول أولاً ؟ والردُّ آخراً إلىٰ من ترد عليه اليمين فينكل ، ثم يحلف ، والسر فيه أن الشرع لما حلَّف المدعي ، فكأنه ردّ اليمين عليه ، ولـٰكنه يحمل نكوله [لحق][٤] حلف المدعىٰ عليه ، فإذا أسقط المدعىٰ عليه حقَّه ، فهل يعود إلىٰ حقه ؟ فيه الخلاف الذي قدمته ، ولولا هـٰذا ، لما استقام إلى اليمين بعد النكول عنها .

ولو ادعى القتلَ حيث لا لوث ، ونكل المدعىٰ عليه عن اليمين ، وعرضنا اليمين على المدعي ، فنكل عن يمين الرد ، ثم ظهر اللوث ، فهل له أن يحلف يمين الابتداء ؟ ذكر **الأصحاب** في ذلك قولين ، ووجهوهما علىٰ ما تقدم .

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) في الأصل : « كتحليف » .
(٣) في الأصل : « من » .
(٤) في الأصل : « بحق » .

ولو أقام/ شاهداً واحداً في دعوىٰ مال ، فلم يحلف معه ، وحلّفنا المدعىٰ عليه ، ١٩٦ ش فهل ترد اليمين على المدعي ، وقد امتنع عن اليمين مع الشاهد ؟ فعلىٰ قولين .

وكذلك إذا لم يكن في دعوى المال شاهدان ، رددنا اليمين على المدعي بعد نكول المدعىٰ عليه ، فنكل عن يمين الرد ، ثم أقام شاهداً وأراد أن يحلف مع شاهده ، فهل له ذلك ؟ فعلىٰ ما تقدم من القولين .

قال **الأصحاب** : الأصل في هـٰذه المسائل أن من نكل عن يمينٍ في خصومة لا يحلف تلك اليمين بعينها ، في ذلك المقام من تلك الخصومة ، وهل يحلف في مقامٍ آخر من تلك الخصومة مع اتحاد المقصود ؟ فعلى الخلاف المقدم .

هـٰذا ما ذكروه ولا يحيط الناظر بحقيقة القولين في هـٰذه المسائل ، ما لم يُحط علماً بما قدمته، وسيأتي ما رمزت إليه موضّحاً في الدعاوىٰ والبينات ، إن شاء الله عز وجل.

فصل

قال : « وللولي أن يقسم على الواحد وَالجماعة . . . إلىٰ آخره »[1] .

١٠٨٩٧ـ إذا عين المدعىٰ عليه في دعوى القتل ، استمرت الخصومة علىٰ نحو ما تقدم ، واستمر الأمر إلىٰ ظهور اللوث [وثبوته][2] ، ووضعُ الباب علىٰ أن تعيين المدعىٰ عليه لا بد منه ، وقال **أبو حنيفة**[3] لا يشترط تعيين المدعىٰ عليه في صحة القسامة ويُحضر خمسين من صلحاء المَحِلة في خبطٍ لسنا نذكره .

فإن ادعىٰ علىٰ جماعة ، وزعم أنهم اشتركوا في القتل ، عيّنهم ؛ إذ نيطت الدعوىٰ بهم .

ولو ادعى القتل علىٰ جمع لا يتصور اجتماعهم على القتل ، فالدعوىٰ باطلة ؛ لأنه ادعىٰ ما يحيله الحس .

---

(١) ر . مختصر المزني : ٥/ ١٤٨ .

(٢) مكان كلمة غير مقروءة ، رسمت هـٰكذا : (وعرمه) تماماً .

(٣) ر . تكملة فتح القدير : ٩/ ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ١٣١ .

ولو ادعىٰ وقد أشار إلىٰ جمع محصورين ـ أعلم أن قاتل أبي منكم ، [ولا][(١)] أدري [أيكم][(٢)] ، فأحلفكم واحداً فواحداً ، فهل له ذلك ؟ فعلىٰ **وجهين مشهورين** : **أحدهما** ـ ليس له ذلك ؛ فإن اليمين تترتب على الدعوىٰ ، وإذا لم تتعلق الدعوى الجازمة بالمحلَّف ، لم ينتظم تحليفه ، **والثاني** ـ له أن يحلفهم كذلك ، لأنه يتطرق به إلىٰ إظهار غرضه ، ومن كان صادقاً منهم ، فلا عليه لو حلف .

وقال **بعض المصنفين** : إن قال : قاتل أبي واحد منهم ، فليس له أن يحلّف أحداً منهم ، فإن قال : قتل أبي هـٰؤلاء أو واحد منكم ، ففي المسألة وجهان حينئذ . وهـٰذا لا أصل له ، ولم يصر إلىٰ هـٰذا التفصيل أحد من **الأصحاب** ، بل اتخذ الوجهين فيه إذا قال : قاتل أبي واحد منهم ، والذي يُبطل التفصيل الذي حكيناه [أنه][(٣)] إذا لم يعلق دعواه جزماً ، بل رددها بين الجمع والواحد ، فلا فائدة في ربط الدعوىٰ بالجمع ، إذا كان على/ الترديد . ي ١٩٧

١٠٨٩٨ـ ثم طرد **الأصحاب** هـٰذا الخلاف في غير الدم ، علىٰ تفصيل سنذكره الآن ، فإذا قال : استلف مني واحد من هـٰؤلاء ديناراً أو ثوباً وَصَفَه ، وأعلم أنه فيهم ، ولست أعرفه بعينه ، فهل له أن يحلِّفهم ؟ فيه الخلاف الذي ذكرناه .

وكذلك إذا أضلَّ متاعاً بين جماعة [فاختزله][(٤)] واحد منهم ، فأراد أن يدعي على الإبهام ، فهو على الخلاف .

فأما إذا أقرض ماله إنساناً ، ثم سها عنه ، فقال : المستقرض منِّي في هـٰؤلاء ، وقد

---

(١) في الأصل : « لا » .

(٢) مكان بياض بالأصل .

(٣) في الأصل : « وأنه » .

(٤) مكان كلمة مطموسة بالأصل ، والمثبت تقدير منا علىٰ ضوء خيالات وأطراف الحروف الباقية . واختزله : اقتطعه خيانة ، ويقال : اختزل الوديعة خان فيها ، ولو بالامتناع عن ردها ، وفي الأساس للزمخشري : اختزل شيئاً من المال ، والمعنىٰ أنه اقتطعه (المصباح والأساس) ثم وجدت هـٰذا اللفظ (الاختزال) عند الغزالي (في البسيط) بهـٰذا المعنىٰ .

نسيت عينه ، فليس له أن [يخصّ][١] واحداً منهم ؛ فإن القتل ، والإتلاف ، والغصبَ [والاختزال][٢] مما لا يتعلق باختياره ، ولا يبعد ألا يحيط [بعين][٣] من فعل ، فأما الإقراض [فصدوره][٤] عن اختياره ، وكذلك المبايعة وما في معناهما ، فإذا نسي وهو المقصر ؛ فليس له أن يحلّف من غير تعيين .

هـٰذه هي الطريقة المرضية .

وذكر **الأئمة** طريقين **أُخريين** : **إحداهما** ـ أن ما ذكره من التحليف والدعوىٰ [لهم][٥] مختص بالدم ؛ لأن للشرع اعتناء [بصيانة الأنفس لتعرضها للاغتيال وعِظم قتلها][٦] واشتداد العناية بحفظها ؛ ولهـٰذا بدأنا بالمدعي عند ظهور اللوث ، ولا نبدأ بالمدعي في مالٍ عند ظهور اللوث ، وتصوير اللوث في الأموال ممكن .

ومن **أصحابنا** من أجرى الخلاف في الخصومات المتعلّقة بالأموال ، كما أجراه في الدم ، وطرد هـٰذا الخلاف فيه إذا قال : استقرض واحد منهم وأنسيت عينَه ؛ فإن النسيان ليس بدعاً .

فانتظم مما ذكره **الأصحاب** **طرقٌ** : **إحداها** ـ طردُ الخلاف [في الخصومات الأخرىٰ][٧] [**والثانية** ـ][٨] إجراء الخلاف في الدم فحسب ، **والأخرىٰ** ـ[٩] إجراء الخلاف في الدم وغيره إلا في الإقراض ، وما يتعلق بالاختيار من المعاملات ، وما حكيناه عن **بعض التصانيف** مزيف غير معتد به .

---

(١) في الأصل : « يخلص » .
(٢) كذا قرأناها بصعوبة أيضاً .
(٣) في الأصل : « بغيره » .
(٤) في الأصل : « بصدوره » .
(٥) في الأصل : « منهم » .
(٦) في الأصل : « بإظهار الدمار لعرصها الاعسار وعطم فلها » (كذا رسماً ونقطاً) .
(٧) في الأصل : « في الأيام الأخرىٰ » .
(٨) زيادة اقتضاها السياق .
(٩) هـٰذه هي الطريقة الثالثة .

١٠٨٩٩ـ ونعود إلىٰ تفريع الخلاف في الدم، فنقول: إذا أبطلنا الدعوىٰ، فلا كلام، وإن جوزنا تحليفهم واحداً واحداً، فإن حلف الكل، انتهت الخصومة من هـٰذه الجهة، وإن حلف الكل إلا واحداً منهم ، فقد أطلق **الأصحاب** القول بأن للولي إظهار اللوث[1]، ولو أراد المدعي أن يقسم علىٰ [الناكل][2] ، أقسم عليه ، وليس هـٰذا [رداً لليمين؛ حتىٰ يجيء القولان في تعديد يمين الرد][3]، لأن يمين الرد إنما تفرض في الدعوى الجازمة ، إذا توجهت على المدعىٰ عليه ، وهـٰذا المعنىٰ [مفقود][4] في هـٰذه الصورة .

ولو نكلوا من عند آخرهم ، فلا يتبين اللوث في حق المدعي ؛ فإنه ذكر أن القاتل واحد منهم ، وقد استوَوْا في النكول ، فإن ظهر عنده على الاختصاص/ لوثٌ في حق واحد ، وعجز عن إظهاره في مجلس الحكم ، فله أن يقسم بأن النكول الصادر منهم لوث في حق الجميع ، وإذا ظهر لوث في حق [جمع][5] ، فلا نشترط ظهورَه في حق من يعينه المدعي ، وهـٰذا فيه احتمال[6] ، لأنه في الابتداء أبهم الدعوىٰ ، ولم يظهر ما يوجب تعيّن واحد منهم للاختصاص بلوث ، ولا يبعد أن يقال : ليس له أن يقسم علىٰ واحد منهم ، ما لم يُظهر عند القاضي لوثاً مختصاً به ، وليس كما لو عين المدعىٰ عليه ابتداء ، وكان اللوث شاملاً للجميع . وهـٰذا الذي ذكرناه فيه إذا تعيّن عنده لوث في حق واحد ، وقد نكلوا ، فماذا يفعل هـٰذا المدعي ؟

ش ١٩٧

فإن قلنا : لا يقسم المدعي ، فلا فائدة في عرض الأيمان عليهم ؛ فإنهم

---

(١) أي أن نكوله عن اليمين يعتبر لوثاً في حقه .
(٢) في الأصل : « المأكل » .
(٣) عبارة الأصل : « ردّ اليمين وحق القولان في تعين اليمين الرد » والمثبت تقدير من المحقق . هـٰذا . ومعنىٰ مجيء القولين في تعدد يمين الرد ، أن المدعىٰ عليه إذا نكل عن أيمان القسامة، فردت على المدعي فهل ترد يميناً واحدة ، أم متعددة ، وإنما القطع هنا بتعدد اليمين .
(٤) في الأصل : « معقود » .
(٥) في الأصل : « جميع » .
(٦) قال النووي : « ولو نكل الجميع ، ثم عين الولي أحدهم ، وقال : قد بان لي أنه القاتل ، وأراد أن يقسم عليه ، مُكّن منه على الأصح » (ر . الروضة : ١٠/ ١٢) .

لا يعجزون عن النكول[(١)] ، إذ ليس [في][(٢)] مذهب الأيمان الإجبار [علىٰ][(٣)] اليمين ، والقضاءُ بالنكول لا وجه له ، وقد عسر الرد ، فلا يبقىٰ لفرض اليمين فائدة . وإن كان الأمر كذلك ، [فتبيّن][(٤)] من هـٰذا المنتهىٰ في التفريع بطلانَ أصل المذهب في عرض اليمين ، ولاح وجوب القطع بأن المدعي إذا لم يعيّن المدعىٰ عليه ، بطلت دعواه [فيما إذا][(٥)] قال قائل : إذا نكلوا ، فللمدعي أن يقسم علىٰ من شاء منهم ، فهو[(٦)] ناكل .

وإن قال : كنت أظن أن القاتل منهم واحد ، فإذا نكلوا ، [كان][(٧)] نكولهم لوثاً عندي في أنهم مشتركون في القتل ، فهـٰذا يخالف قولَه الأول ، ويجوز أن يقال : دعواه جرت على الترديد ، وأشعرت بإشكال الأمر عليه ، ولا يمتنع أن نقول : يُثبت الآن نكولُهم أنهم مشتركون ، وهـٰذا بعيد جداً . ولـٰكن لا يستقيم التفريع على الوجه الضعيف في قبول الدعوىٰ على الإبهام إلا على الالتزام . هـٰذا منتهى التفريع .

١٠٩٠٠ـ ثم قال **الشافعي** رضي الله عنه : « **وسواء كان به جرح أو لم يكن. . . إلىٰ آخره** »[(٨)] .

لا يشترط وجود الجراحة في ثبوت القسامة ، فإذا صوروا هالكاً لا جرح به ، ثبت للولي أن يقسم عليه ، إذا ظهر اللوث . **وأبو حنيفة**[(٩)] يشترط وجود الجراحة ليحلف رجال المحِلة ، وإياه قصد **الشافعي** بالرد .

---

(١) المعنىٰ أن التفريع انتهىٰ بهـٰذا إلىٰ عدم صحة عرض اليمين عليهم ، فإذا كان بإمكانهم النكول ، وقلنا : إنه لا يحلف ، فما معنىٰ لدعواه إذاً ؟ ولهـٰذا صح قوله الآتي : « فتبين من هـٰذا المنتهىٰ في التفريع بطلان القول بعرض اليمين ، ووجب القطع بأن المدعي إذا لم يعين المدعىٰ عليه بطلت الدعوىٰ » .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : « عن » .

(٤) في الأصل : « ونتبين هـٰذا المنتهىٰ من هـٰذا المنتهىٰ في التفريع » . وفيها تداخل وتكرار .

(٥) في الأصل : « فإذا » .

(٦) فهو : أي الذي يحلف عليه واحد من جميع الناكلين .

(٧) في الأصل : « فإن » .

(٨) ر . المختصر : ٥/١٤٨ .

(٩) ر . مختصر الطحاوي : ٢٤٧ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٩/ ٣١١ .

ومعتمد المذهب أن القتل ممكنٌ من غير جرح ، ولو كان يقول : إن لم يكن عليه أثر من جرح ، أو ضغطٍ في مجرى النفس ، أو [تورّم][(١)] في الخصيتين ، فالهلاك محمول على الموت حتف الأنف ، لكان ذلك مذهباً يجب البحث عنه ، فأما مذهبه إنه[(٢)] لو بدا أثر التعلّق والتخنيق في رقبته ، فلا حكم لذلك ما لم نجد جرحاً .

ي ١٩٨ فإن قيل : ما قولكم فيه إذا صودف/ ميتاً ، ولا أثر أصلاً ؟ وقد قيل : الأخذ على الفم والأنف إلى انخناق النفس [يسوّد][(٣)] وجه الميت [ويثور][(٤)] الدم صُعُداً ، فإذا لم نفرض أثراً أصلاً ، فالحمل على الموت الوفاقي ممكن . قلنا : هـٰذا فيه بعض النظر ، ولم أر انتهاء تفصيل **الأصحاب** إليه ، والموت فجأة ليس أمراً بدعاً ، فيخرّج علىٰ هـٰذا الاحتمال أن اللوث في القتل [شرطُه][(٥)] ظهورُ أثرٍ ، [والمعنىٰ][(٦)] المتلقىٰ من فحوىٰ كلام **الأصحاب** حملُ الأمر على القتل[(٧)] ، ولئن كان الدم [قد ينعكس إلىٰ مقرّه ، بعد أن فاضت الروح ، فالأمر][(٨)] محتمل ، والعلم عند الله .

---

(١) في الأصل : « تورح » .

(٢) جواب أما بدون الفاء .

(٣) في الأصل : « برد » . (كذا تماماً) .

(٤) في الأصل : « ويثرد » . والمعنىٰ أن الدم يثور صاعداً إلى الوجه فيسودُ الوجه ، هـٰذا وقد وجدنا ما أثبتناه (ويثور) منقولاً عن الإمام ، نقله الرافعي . (ر . الشرح الكبير : ١١/ ٢٤) وذلك من فضل الله وحسن توفيقه .

(٥) في الأصل : « شرط » .

(٦) في الأصل : « والمال » .

(٧) عبارة الغزالي هنا أكثر إيضاحاً ، فقد قال : « ومساق كلام الأصحاب في التجاوز عن هـٰذا التفصيل يدلّ علىٰ أن اللوث قائم ، فإن القتل مع اندراس أثره ممكن ، والعداوة ظاهرة ، فأمكنت الإحالة عليها » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ٩٧ شمال) .

(٨) في الأصل : « الدم إلىٰ مقره والأمر » والمثبت تصرّف من المحقق أداءً للمعنىٰ بعبارتنا .
والمعنىٰ : إذا كان أثر الجراحة أو أثر القتل قد يذهب أثره ، فيحتمل أن نقول باللوث ، ولا أثر أصلاً ، وهـٰذا هو المتلقىٰ من فحوىٰ كلام الأصحاب ، ثم معنىٰ ينعكس الدم إلىٰ مقره مرتبط بقوله آنفاً : « ويثور الدم صعداً » فالمراد أنه يذهب أثر الجناية ، فلا يشترط في اللوث ظهور أثر .
ولعل من المناسب أن نذكر نص عبارة الرافعي في هـٰذه المسألة ، إيضاحاً للمعنىٰ ، =

فصل

قال : « وإن أنكر المدعىٰ عليه أن يكون فيهم . . . إلىٰ آخره »[١] .

١٠٩٠١ـ مقصود الفصل أنه إذا ثبت اللوث على الحدّ الذي ذكرناه ، فقال المدعَىٰ عليه : كنت غائباً في الوقت الذي عينتَه للقتل ، فقد قال **الشافعي والأصحاب** رضي الله عنهم : لا يقسم المدعي ما لم يَثْبُت حضور المدعىٰ عليه ، فإن أقام بينة علىٰ حضوره [ساعة قد ظهر][٢] اللوث ، أقسم حينئذ ، والسبب فيه أن اللوث وإن كان ظاهراً ، فالغَيْبة ممكنة ، ومن نيط به لوث لا يقتضي ذلك اللوثُ استمرارَه على الإقامة والحضور .

وفي هـٰذا سؤال : فإن قائلاً لو قال : إذا كان بحيث يبعد [تقدير][٣] القتل إلا من جهة المدعىٰ عليه ، لاختصاصه بمعاداته ، فينبغي أن يكون ذلك لوثاً في [غيابه][٤] أيضاً ، هـٰذا [المقيسُ][٥] ، فأدنىٰ ما يلزم عليه أن يقال : إذا [وجدنا][٦] في مَدْرجةٍ أو شارعٍ ميتاً [فنحيل][٧] قتله علىٰ من عهد معادياً له .

وليس الأمر كذلك وفاقاً ؛ فإن الحكم بأن هـٰذا لا يقتله إلا من يُعرف معادياً له

= وعلاجاً لما قد يكون من قلقٍ في العبارة ، ثم لنرىٰ كيف يتصرّف الرافعي في عبارة الإمام ، قال الرافعي رضي الله عنه : « وقال الإمام : إذا صودف ميتٌ لا أثر عليه أصلاً ، وقد قيل : الأخذ على الأنف إلى انخناق النفس يُسوّد الوجه ، ويثور الدم صعداً ، فإذا لم يظهر أثر ، فالحمل على الموت الوفاقي ممكن ، فهـٰذا فيه بعض النظر ، وإذا فاضت النفس ، فقد ينعكس الدم إلىٰ مقرّه ، والأمر محتمل والعلم عند الله ، وهـٰذا السياق يشعر بأن الظاهر أنه لا يعتبر ظهور الأثر أصلاً ، وكذلك ذكر القاضي الروياني ، والمتوجه ما مرّ » (ر . الشرح الكبير : ١١/ ٢٤) .

(١) ر . المختصر : ٥/١٤٨ .

(٢) في الأصل : « ساعته وقد ظهر اللوث » .

(٣) في الأصل : « تقرير » .

(٤) في الأصل : « حضوره » .

(٥) غير مقروءة بالأصل ، ورسمت هـٰكذا : (المتبس) كذا تماماً رسماً ونقطاً .

(٦) في الأصل : « وجد » .

(٧) في الأصل : « فتخلل » .

لا معنىٰ له ؛ إذ [قد][١] يتفق القتل من سكران ، أو ممن يتهمه علىٰ أمر ، وقد يحاول إنسانٌ سلبَ ثوبه فيمتنع ، فيأتي عليه بسلاح ، ووجوه القتل شتىٰ ، وإنما تخصيصه بأهل المعاداة في محلّهم الخصّيصة بهم لاقتضاء اللوث هـٰذا المعنىٰ ، والغيبةُ والحضور أمران يجريان على التناوب [من][٢] الناس .

وخرج من مجموع ذلك أن القاضي لا يتركه يقسم ، [وإن][٣] ظهر اللوث حتىٰ يظهر عنده حضور المدعىٰ عليه ، [فإن صرّح][٤] بدعوى الغَيْبة أُحوج المدعي إلىٰ إثبات الحضور ، وإن لم يكن مع المدعي بينة علىٰ حضوره ، فالقول قول المدّعىٰ [عليه][٥] في الغيبة مع يمينه ، فإن حلف ، فلا قسامة ، ولـٰكن دعوى الدم قائمة واليمين معروضة على المدعىٰ عليه[٦] .

١٠٩٠٢ـ ولو ادعىٰ رجل علىٰ رجل قتلاً في [غير][٧] مقام اللوث ، فقال المدعىٰ عليه : أَثْبِت حضوري ، ثم حلّفني ، ليس له ذلك ؛ فإن الدعوى المرسلة يجب الجواب عنها ، والجواب عنها إذا لم يكن إقراراً ، كان إنكاراً مضاداً للدعوىٰ ، فليحلف . نعم/ ، لا بد من إثبات الحضور في القسامة ليثبت اللوث . ش ١٩٨

ولو أقام المدعي في مقام اللوث بينة على الحضور ، فأقام المدعىٰ عليه بينة على الغيبة ، فقد قال **الأصحاب** : بينة الغيبة مقدمة ، واعتلّوا بأن بينة الغيبة معها مزيد علم ، وبينة الحضور يحمل قولها علىٰ دوام الحضور .

وهـٰذا ليس بشيء ؛ فإن الغيبة معناها [كونٌ][٨] في مكان آخر ، والحضور معناه

---

(١) زيادة من المحقق .
(٢) في الأصل : « عن » .
(٣) في الأصل : « فإن » .
(٤) في الأصل : « فاصرح » .
(٥) سقطت من الأصل .
(٦) أي علىٰ ترتيب الدعوىٰ من غير لوث .
(٧) زيادة لتصحيح العبارة ، فالدعوى المرسلة هي الدعوىٰ بغير لوث .
(٨) في الأصل : « لوث » .

[كونٌ][(١)] في هـٰذا المكان ، ومن ضرورة [الكون][(٢)] في مكان تعيّن انتفاء [الكون][(٣)] في غيره ، فإذاً كل بينة تشتمل علىٰ إثباتٍ من ضرورته نفيٌ ، فلا يجوز ترجيح بيّنة الغيبة لذلك. نعم ، يجوز أن يقال : لو تداعيا حضوراً وغيبة ، فالقول قول من يدعي الغَيبة مع يمينه .

ومهما[(٤)] أقام متداعيان بيّنتين ـ ولو لم تكن البينة ، لصَدَق أحدُهما ـ فبينة [من][(٥)] يُحلَّف ويصدَّق تقدم ، كبينة الخارج والداخل ، ثم سنذكر اختلاف **الأصحاب** في بينتي الخارج والداخل : **فمنهم** من يرجح بينة الداخل لقوة جانبه ، **ومنهم** من يحكم بتساقط البينتين ، ومرد الأمر إلىٰ تحليف المدعىٰ عليه ، وهـٰذان الوجهان جاريان في الغيبة والحضور من مسألتنا ، وترتب علىٰ جريانهما أن المدعىٰ عليه هل يحلَّف على الغيبة مع قيام البينتين ؟ فعلىٰ **وجهين** كما ذكرناه في الداخل والخارج .

١٠٩٠٣ـ ومما يتصل بهـٰذا أن المدعىٰ عليه لو كان محبوساً أو مريضاً ، لا حراك به ، سيما في مثل القتل ، إذا [أظهر][(٦)] المدعي اللوثَ ، وكان المدعىٰ عليه في ذلك الوقت علىٰ ما وصفناه ، ففي هـٰذا **طريقان** : من **أصحابنا** من **قال** : إن اقترن هـٰذا والعلمُ به بأيمان القسامة ، فلا قسامة ؛ فإن اللوث يضعف بها جداً .

وإن فرضت القسامة ، ثم تبين بعد جريان الأيمان أن المدعىٰ عليه كان محبوساً ، فهل نحكم ببطلان القسامة تبيُّناً ؟ ذكر **الأصحاب** في ذلك [**وجهين**][(٧)] : **أصحهما** ـ أنا نتبين بطلان القسامة . **ومن أصحابنا** من أجرى الوجهين [وإن][(٨)] اقترن العلم بكونه [محبوساً][(٩)] بإنشاء الأيمان .

---

(١) في الأصل : « لوث » .
(٢) في الأصل : « اللوث » .
(٣) في الأصل : « اللوث » .
(٤) ومهما : بمعنىٰ : « وإذا » .
(٥) في الأصل : « في » .
(٦) زيادة اقتضاها السياق .
(٧) سقطت من الأصل .
(٨) في الأصل : « فإن » .
(٩) في الأصل : « محتوماً » .

ولسنا نعني بهٰذا العلم تحققَ بقائه في الحبس ؛ فإن ذلك لو كان كذلك ، لانتفى القتلُ قطعاً ، ولٰكن المعنيّ به أن يكون [حبسه][١] ظاهراً في تلك [اللحظة][٢] ، كما نطلق أن فلاناً محبوس ، ويجوز أن يكون [معلناً بالحبس][٣] في وقت إطلاقنا لذلك ، فليفهم ذلك علىٰ هٰذا الوجه .

فإن لم يكن من إجراء الخلاف بدٌّ ، فلا معنىٰ للفرق ، والوجه طرده في الصورتين ؛ فإن ما يمنع من الإقدام على الأيمان يوجب بطلانَها/ إذا تبين من بعدُ . ي ١٩٩

هٰذا والوجه القطع بسقوط اللوث بهٰذا ؛ فإن ما يظهر من لوث فالبقاء في الحبس أظهر منه ، وإذا ظهر ذلك [يسقط][٤] اللوث بمعارضة ما يضاده .

ومن أسرار الفصل أنه إذا ادعىٰ ـ واللوث ظاهر ـ القتلَ على الشخص ، فلم يتعرض المدعىٰ عليه للحضور والغيبة بالنفي والإثبات ، ولم يتعرض المدعي للتصريح بذكره ، فكيف الوجه في ذلك ؟ أولاً ـ إذا ادعىٰ أنه قتله ، فقد ادعىٰ حضوره ، [وإنما][٥] النظر في سكوت المدعىٰ عليه عن دعوىٰ [الغيبة][٦] [وهل][٧] يُظهر حضورَه ، فلو كان غائباً لذكر [ذلك ،][٨] وفي المسألة احتمال علىٰ حال .

١٠٩٠٤ـ ثم قال الشافعي رضي الله عنه : « **ولا أنظر إلىٰ دعوى الميت . . . إلىٰ آخره** »[٩] .

أراد بذلك الرد علىٰ **مالك**[١٠] فإنه قال : لو وجدنا جريحاً متشحِّطاً في الدم ،

---

(١) في الأصل : « حسنه » .
(٢) في الأصل : « الليلة » .
(٣) في الأصل : « معلناً من الحبس » ، أي باعتبار ما سيكون .
(٤) مكان كلمة استحالت قراءتها .
(٥) في الأصل : « فإنما » .
(٦) في الأصل : « القسمة » .
(٧) زيادة لاستقامة الكلام .
(٨) زيادة من المحقق .
(٩) ر . المختصر : ١٤٨/٥ .
(١٠) ر . المدونة : ٤٨٨/٤ ، ٤٩٢ . الإشراف : ٨٤١/٢ مسألة : ١٦٢٩ ، المعونة : =

مشرفاً على الهلاك ، فقال : خذوا فلاناً بدمي ؛ فإنه قاتلي . قال : يقبل قوله ، ويؤخذ ذلك الشخص بقوله ، ونحكم عليه بالدم ، فإنه لا يكذب في هـٰذه الحالة .

وهـٰذا كلام عري عن الإحاطة بقواعد الشرع ؛ فإن الكذب ممكن ، والحكم على الغير بالدعوى المجردة محال ، ولو كان يقول : هـٰذا لوث ، فيقسم الولي ، لكان أمثل ، علىٰ أنه لو قُتل به ، فهو باطل ، [فإن اللوث لا يثبت][١] بالدعوىٰ[٢] .

١٠٩٠٥ـ ثم قال : « ولورثة القتيل أن يقسموا وإن كانوا غُيّباً . . . إلىٰ آخره »[٣] .

إذا كان الولي المقسم غائباً ، ثم حضر وأراد أن يقسم عند ظهور اللوث ، فله ذلك ؛ لأن معتمده اللوث ، ولا يشترط أن يكون [فرعاً][٤] من القتيل ، وإذا كان كذلك ، فقد يثبت عنده بقول الأثبات والثقات ما يقسم عليه ، أو باعتراف القاتل ، وغيرِ ذلك من الوجوه ، وفي كلام **الأصحاب** ما يدل علىٰ أن المقسم لا يكتفي باللوث الذي يكتفي القاضي به ، بل ينبغي أن يعتمد أمراً أقوىٰ من اللوث .

ثم الذي يمكن ضبط هـٰذا الكلام به أن يثبت عنده ما لو كان قاضياً ، لقضىٰ بالقتل به ، وهـٰذا إقرارٌ أو قولُ عدلين ، ولا يشترط مقامُ الشهادة ؛ فإن الشهادة لا تقوم إلا في مجلس القاضي ، ولا يشترط لفظُ الشهادة أيضاً ، [وإن][٥] كنا قد نشترط لفظ الشهادة

= ١٣٤٧/٣ ، القوانين الفقهية : ٣٤٣ ، حاشية الدسوقي : ٢٨٨/٤ .

(١) في الأصل : « وإن اللوث يثبت بالدعوىٰ » .

(٢) المعنىٰ : إن اللوث لا يثبت بالدعوىٰ ـ عندنا ـ وعبر الغزالي عن ذلك قائلاً : « لو عاش الجريح زماناً ، وقال : قتلني فلان ، لم يكن لوثاً ، لأنه صاحب حق ، فلا معتبر بقوله ، بل قوله كقول المدعي الوارث ، خلافاً لمالك رحمه الله ، فإنه جعل ذلك لوثاً » (ر . البسيط : ٩٧/٥ شمال) ، وأما النووي ، فقد قال : « ولو قال المجروح : جرحني فلان ، أو قتلني ، أو دمي عنده ، فليس بلوث ؛ لأنه مدّعٍ » (ر . الروضة : ١١/١٠) .

ومعنىٰ هـٰذا الكلام مع الذي قبله : أن مالكاً لو جعله لوثاً ، لكان أمثل ، ومع ذلك ، فهـٰذا اللوث لا يقتل به ، أي لا يثبت به القود ، خروجاً من عهدة الخلاف ، فهو غير ثابت عندنا ، كما أكدنا ذلك آنفاً .

(٣) ر . المختصر : ١٤٨/٥ .

(٤) في الأصل : « ورعاً » .

(٥) في الأصل : « فإن » .

في الإشهاد على الشهادة ، فليتأمل الناظر هـٰذه المضايق .

ش ١٩٩ فإن قيل : هلا قلتم : يقع الاكتفاء/ باللوث الذي تبنىٰ عليه [البداية][(١)] ؟ قلنا : البداية نقلُ حجة من جانب إلىٰ جانب ، والأمر فيه [قريب][(٢)] ، والإقدام على الإقسام تعرّضٌ لإثبات القتل .

هـٰذا ما لاح لي في كلام **الأصحاب** .

وفي كلام **بعضهم** ما يشير إلى الاكتفاء باللوث ، وهو ساقط غيرُ معتد به .

ثم ألحق **الأئمة** بهـٰذا الوليَّ لو كان جنيناً وجرى القتلُ ، أو كان نطفةً قارّةً في الرحم، لم تتخلق، ثم انفصل وأراد الإقسام، فله ذلك ، ثم البناء فيه علىٰ ما قدمناه .

١٠٩٠٦ـ ثم **قال** رضي الله عنه : « **وينبغي للحاكم أن يقول : اتق الله... إلىٰ آخره** »[(٣)] .

إذا أردنا البداية بالمدعي ، ينبغي أن يحذِّره القاضي ويقول : اتق الله ، ولا عليه لو استقرأ قارئاً قولَه تعالىٰ : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ... ﴾ **الآية** [آل عمران : ٧٧] ونؤثر في اللعان [تحذير المتلاعنين][(٤)] ، وذكرنا [من قبل][(٥)] تخصيصَ كلمة اللعن والغضب [بالأخذ][(٦)] علىٰ فم من يريد الجريان [بها][(٧)] .

فأما ما عدا هاتين الخصومتين ، فهل نؤثر للقاضي أن يحذر الخصم من الإقدام على اليمين الفاجرة ؟ ذكر **العراقيون وجهين** : **أحدهما** ـ أنا نؤثر ذلك في كل يمين معروضة . **والثاني** ـ أنا نؤثر للقاضي ذلك في الدماء ، والفروج ، [والأمور][(٨)]

(١) في الأصل : « السراية » .
(٢) في الأصل : « مرتب » .
(٣) ر . المختصر : ١٤٨/٥ .
(٤) في الأصل : « تجويز المقدم » .
(٥) في الأصل : « في مجلس » .
(٦) في الأصل : « بالآخر » .
(٧) في الأصل : « فيها » .
(٨) في الأصل : « الأموال » .

الخطيرة ، والضابط أن تكون الأيمان مغلّظة[١] ، علىٰ ما سيأتي كيفية التغليظ في موضعه من الدعاوىٰ إن شاء الله ، وما قل قدره من الأموال بحيث لا يسوغ التغليظ فيه [فلا][٢] خلاف أنا نؤثر للقاضي التحذير من اليمين[٣] ، وهـٰذا علىٰ ظهوره فيه [جريان][٤] التحذير من اليمين في الأمر الحقير [مما][٥] قد يراه الناظر أهمّ ، ولـٰكن التحذير ركن[٦] التغليظ ، وهو في معنى التفخيم والتعظيم[٧] ، وإلا فلا منع للإنسان من حجته التي أثبتها الشارع له ، بحيث لا [يسوغ][٨] إلا شرع التحذير من اليمين .

فصل

١٠٩٠٧ـ إذا ادعىٰ علىٰ رجل أنه قتل موروثه مع عدد لم يذكر مبلغهم ، فإن كان القتلُ قَتْلَ مالٍ ، فلا خلاف أن دعواه مردودة ، فإنه لم يبيّن [ما يخص][٩] المدعىٰ عليه من المال ، وإن كان القتل قتل [عمد][١٠] ، بحيث يوجب القود لو ثبت بالإقرار أو البينة ، فإن قلنا : [لا يُستحق][١١] الدم بأيمان القسامة ، فلا تسمع الدعوىٰ ؛ فإنه لا غرض والحالة هـٰذه إلا إثبات المال ، [والقدر][١٢] المدعىٰ مجهول .

---

(١) المذهب تغليظ الأيمان فيما ليس بمالٍ ، ولا يقصد به مال ، كدعوىٰ دم ، ونكاح ، وطلاق ، ورجعة ، وإيلاء ، وعتق ، وولاء ، ووصاية ، ووكالة . وفي مالٍ يبلغ نصاب زكاة . (ر . شرح المنهاج لجلال الدين المحلي ـ بهامش حاشيتي قليوبي وعميرة : ٤/ ٣٤٠) .

(٢) في الأصل : « ولا » .

(٣) وهـٰذا هو الوجه الأول مما حكاه العراقيون .

(٤) في الأصل : « سريان » .

(٥) زيادة من المحقق .

(٦) أي مقتضى التغليظ ومتمم له .

(٧) المعنىٰ أن التحذير ليس منعاً من اليمين الذي هو حجة مشروعة ، ولـٰكنه تفخيم وتعظيم لشأن الأيمان .

(٨) في الأصل : « يشرع » .

(٩) في الأصل : « ما يحضر » .

(١٠) في الأصل : « عم » .

(١١) في الأصل : « لا يساط » تماماً .

(١٢) في الأصل : « والقتل » .

ي ٢٠٠ وإن قلنا : يثبت القود ، فهل تُقبل الدعوىٰ والحالة هـٰذه ؟ فعلىٰ وجهين ذكرهما/ العراقيون : **أحدهما** ـ أن الدعوىٰ مسموعة ، فإن [القصاص][١] يثبت علىٰ هـٰذا للمدعي كثر الشركاء أو قلّوا ، عُرف عددهم أو جُهل . **والوجه الثاني** ـ أن الدعوىٰ لا تسمع ؛ فإن الأمر قد يؤول إلى المال .

والوجه عندي في هـٰذا أن ينبني الخلاف علىٰ أن موجب العمد القود المحض ، أو القود أو الدية : أحدهما ـ لا بعينه ؟ فإن قلنا : موجبه القود المحض ، فالوجه القطع بقبول الدعوىٰ ؛ فإن الموجب هو القود لا غير ، فإن ثبت المال ، فعن تصرّفٍ في القود ، وإن قلنا : موجب العمد أحدهما لا بعينه ، فيحتمل الوجهان حينئذ .

فَصْلٌ

١٠٩٠٨ـ إذا قال المدعي : جرح فلانٌ موروثي فلاناً ، ومات من جرحه ، فاعترف المدعىٰ عليه بالجرح ، وزعم أنه مات بسبب آخر ، فإن سلّم قصر الزمان ، فعليه أن يثبت سبباً ، وإن لم يُثبت ، قُضي عليه بالقتل .

وإن ادعىٰ طولَ زمان [لا يكون][٢] فيه الجرح [سبباً][٣] ، فلا يخلو إما أن يكون الجرح في محل اللوث ، وإما ألا يكون ، فإن لم يكن الجرح في محل اللوث ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن القول قول المدعي ؛ فإن الجرح سبب الموت على الجملة ، فمن ادعىٰ [تعليقه][٤] به ، ظهر صدقه مع يمينه . **والوجه الثاني** ـ أن القول قول المدعىٰ [عليه][٥] ، فإن الأصل عدم الموت وبراءة الذمة .

وإن كان اللوث ظاهراً، فقد قطع العراقيون بأن المدعي مصدَّق، وهـٰذا عندي [هَوَسٌ][٦] ؛

---

(١) في الأصل : « النقصان » .
(٢) في الأصل : « لم يكن » .
(٣) في الأصل : « ضما » .
(٤) في الأصل : « تعجيله » .
(٥) زيادة اقتضاها السياق .
(٦) في الأصل : « هو بيّن » وهو تصحيف يقلب المعنىٰ رأساً علىٰ عقب .

فإن الجرح متفق عليه[١] ، وليس المدعي يدعي غيرَه ، ويدعي إفضاء الجرح إلى الموت ، وقصر الزمان وطوله لا يختلف بقيام اللوث ، فلو قال عدل واحد : مات على قرب من الزمان ، [ثبت][٢] اللوث في موضعه ، ولا يثبت قرب الزمان إذا قلنا : القول قول من يدعي التراخي ، فلا وجه لهـٰذا التفصيل كيف فرض ، والوجه إجراء الخلاف من غير تفصيل .

وهـٰذا الذي ذكروه طرفٌ من اختلاف الجاني والمجني عليه في هـٰذه الأنواع ، وقد مضت هـٰذه الفصول مستقصاة في موضعها على أبلغ وجه في البيان ، فلا حاجة إلى الإعادة .

فَصْلٌ

١٠٩٠٩ـ إذا ادعى رجل على رجل أنه انفرد بقتل أبي في الوقت الفلاني ، فاقام المدعى عليه بينة أنه كان غائباً في ذلك الوقت ، اندفعت الدعوى عنه ، فلو أقر أحدٌ : بأني كنت شريكه في القتل ، أو قال : أنا كنت/ المنفرد بقتله دون من ادعى عليه ، فلو ٢٠٠ ش أن المدعي صدق هـٰذا المقِرّ ، وأراد مؤاخذته ، بإقراره ، وزعم أنه غلط في دعواه الأولى ، فهـٰذا ينبغي أن يدرج في تمهيد قاعدةٍ ، فنقول : إن ادعى عليه أنه منفرد بالقتل، ثم ادعى مشاركةً أو انفراداً على خلاف دعواه الأولى ، فالدعوة الثانية مردودة.

ولو أقر شخص بما يخالف الدعوى الأولى ، فصدَّقه المدعي ونسب نفسه إلى الزلل أو تعمد الكذب ، فالمذهب أن له مؤاخذة المقر ؛ فإنهما اجتمعا على التصادق ، وكذبه ليس أمراً بدعاً .

ومن **أصحابنا** من قال : ليس له مطالبة المقر ؛ لأن دعواه إقرار منه ببراءة هـٰذا المقر ، فنؤاخذه بموجب قوله الأول ، وسيأتي استقصاء ذلك في الدعاوى والبينات ، إن شاء الله عز وجل .

---

(١) المعنى أن الجرح متفق عليه ومعترف به ، ولا يدّعي المدعي غير السراية ، وإفضاء الجرح إلى الموت ، فأي لوث هنا ؟

(٢) في الأصل : « فسد » .

فصل

قال : « ولسيد العبد القسامة من عبده . . . إلىٰ آخره »[١] .

١٠٩١٠ـ اختلف قول **الشافعي** رضي الله عنه في أن العبد إذا قُتل ، فهل للسيد أن يقسم عليه إذا كان القتلُ قَتْلَ لوث ، فقال في أحد القولين : لا يقسم عليه ؛ لأن مطلوبه المال . وقال في القول الثاني : يقسم عليه ؛ فإن القسامة أثبتت تغليظاً لأمر الدم ، واحتياطاً فيه ، ودم العبد مضمون بما يصان به دم الحر ؛ فإنه يتعلق القصاص به ، ويُثبت خاصية النفس وهي الكفارة .

والقائل الأول قد يعارض ما ذكرناه بالأطراف ؛ فإن القسامة لا تجري فيها وإن كانت مصونة عن الجناة بالقصاص ، وسبيل الجواب عن الأطراف ما ذكرناه ، من تعلق الكفارة بقتل العبيد .

وهـٰذان القولان يقربان من القولين في أن [قيمة][٢] العبد المقتول خطأ هل تضرب علىٰ عاقلة القاتل ؟ وقد مضىٰ ذكر ذلك .

ويجوز أن يقال : ليس هـٰذا مأخوذاً من الضرب على العاقلة ؛ فإن العواقل يتحملون أروش الأطراف ، وإن كانت القسامة لا تجري فيها .

وذهب بعض **أصحابنا** إلى القطع بإجراء القسامة في قتل العبيد ، نظراً إلىٰ تعلق الكفارة بقتلهم .

ثم القول في الإقسام علىٰ بدل المدبّر ، وأم الولد إذا قتلا كالقول في العبد القنّ ، والمكاتبُ إذا قُتل ، فإنه يموت رقيقاً والكتابة تنفسخ .

١٠٩١١ـ ثم قال الشافعي : « ويُقْسم المكاتب في عبده . . . إلىٰ آخره »[٣] .

---

(١) ر . المختصر : ١٤٨/٥ .
(٢) في الأصل : « قسمة » .
(٣) ر . المختصر : ١٤٨/٥ .

إذا فرعنا على الأصح ، وهو أن القسامة تجري في قتل العبد ، [فالمكاتَب][(١)] إذا قُتل عبدُه [قَتْل][(٢)] لوثٍ ، كان له أن يقسم ، فإن أقسم ثم عجز ورَقَّ ، اكتفىٰ سيده بأيمانه وأخذ/ [القيمة][(٣)] ، وإن نكل المكاتب عن اليمين ، ثم عجز ، لم يكن له أن يُقسم ، ولو لم يتفق منه إقدام على الإقسام [ولا نكول][(٤)] ، فقد قال **الأصحاب** : للسيد أن يقسم ، وشبهوا ما ذكرناه من الأحوال بنظائرها في الوارث والموروث ، فقالوا : إذا قُتل عبد لإنسان ، فأقسم عليه ، فقد ثبتت قيمته ، فإذا مات المقسِم ، قام ورثته مقامه في استيفاء ما استحقه . وإن نكل السيد عن أيمان القسامة ومات ، وأراد ورثته أن يقسموا ، لم يكن لهم ذلك ، ولو لم يتعرض السيد حتىٰ مات ، [فللورثة][(٥)] أن يبتدروا القسامة .

٢٠١ ي

وعلى الناظر في ذلك أدنىٰ توقف ؛ فإن القسامة مقصودها إثبات القتل ، ولقد جرى القتل ولا حق للورثة يُنزلهم منزلة الموروث لو بقي ، وعلىٰ هـٰذا الأصل أثبتت عُهد العقد ، فإن وارث المشتري يرد المشترَىٰ بالعيب ، وإن لم يكن هو المشتري ، وإنما استفاد الملك بالإرث ، [وملكُ][(٦)] الإرث لا مرد له ، ولـٰكن الحقوق تورث كالأملاك علىٰ تفاصيلَ يعرفها أهلها ، والمشتري كما يورّثهم الملكَ ورثهم حقوق العقد ، كذلك كانت القسامة حقاً للموروث ، [فإذا][(٧)] مات قبل الإقدام عليها ورث الورثةُ حق القسامة ، وإذا كان هـٰذا في المواريث ، فالسيد في عبد مكاتَبه أقربُ إلىٰ خلافة الموروث ؛ فإن المكاتب رقيق السيد قنّاً ، فإذا عجز ، قام السيد مقامه ، وليس كذلك إذا نكل ، فإن الحق بطل بنكوله حيث كان الحق له .

١٠٩١٢ـ ومما يجب التعرض له ضبط ما يساوي العبد فيه الحر ، وما يختلف فيه

---

(١) في الأصل : « والمكاتب » .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) في الأصل : « القسمة » .
(٤) في الأصل : « ولا نقول » .
(٥) في الأصل : « وللورثة » .
(٦) في الأصل : « ملك » (بدون واو) .
(٧) في الأصل : « فأما إذا » .

فيما يتعلق بالقتل ، والغرض التساوي في القواعد لا التكافؤ في الأشخاص ، فنقول : قتل العبد كقتل الحر في القصاص والكفارة ، والعبد كالحر في أن إقراره مقبول فيما يوجب القصاص عليه ، وأطرافه في القصاص كأطراف الحر ، واختلف القول في ضرب قيمته على العاقلة ، وكذلك اختلف القول في جريان القسامة ، وظاهر النص أن أطراف العبد من قيمته ، كأطراف الحر من ديته ، وفيه قول خرجه **ابن سريج** أن الواجب في أطرافه نقصان القيمة ، وبدله غير مقدّر شرعاً ، بخلاف بدل الحر ، فهـٰذا ما أردنا أن نذكره في ذلك .

فَصْلٌ

ش ٢٠١ **قال : « ولو قُتل عبد لأم/ ولدٍ . . . إلىٰ آخر الفصل »**(١) .

١٠٩١٣ـ نُقَدِّم على الغرض تجديدَ العهد بأن العبد هل يملك بالتمليك ؟ وفيه قولان ذكرناهما توجيهاً وتفريعاً في كتاب البيع ، ونحن نفرع على القولين في غرضنا ، ثم نخوض في مقصود الفصل ، فنقول : إذا ملّك السيد عبده عبداً فقُتل العبد الثاني قتلَ لوثٍ ، فإن قلنا : لا يملك العبدُ ، [فإذا](٢) ملّك السيد عبدَه عبداً يُقسم(٣) على القول الأصح ، [فمن](٤) قُتل عبدٌ من عبيده .

وإن قلنا : العبد يملك بالتملّك ، فأول ما نذكره أن من ملّك عبده عبداً أو عَرْضاً من العروض ، فأُتلف ذلك الذي يملكه العبد ، والتُزمت القيمة بالإتلاف ، فهل نقول : يزول ملك العبد المملّك ، وتكون القيمة ملكاً للسيد ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما ـ** وهو الأفقه أن القيمةَ ملكُ السيد ، [فإنه لم يملك عبده](٥) إلا العينَ ، وقد [فاتت](٦) العين ، والقيمةُ مملوك آخر تَخْلُفُ العينَ المتلَفة ، وملك العبد عُرضةُ

---

(١) ر . المختصر : ٥/١٤٨ .
(٢) في الأصل : « وإذا » .
(٣) الذي يقسم هو السيد .
(٤) « وقد » .
(٥) عبارة الأصل : « فإنه إذا لم يملك عبده » .
(٦) في الأصل : « ماتت » .

الاسترداد[١] ، فلو لَحِق العبدَ تغيّر [بعتقٍ][٢] أو بزوال الملك إلىٰ متملك آخر ، فما كان ملّكه مولاه يتخلّف عنه ، وينقلب إلىٰ ملك المولىٰ[٣] ، فقياس هـٰذا أن [التغير][٤] في العين [بالإتلاف][٥] والرجوع إلى القيمة يوجب انقطاع ملك العبد .

ومن **أصحابنا** من قال : لا ينقطع ملك العبد ، وحقه قائم في قيمة العين المتلفة إلا أن يرجع السيد فيها .

فإن قلنا : لا ملك للعبد في قيمة العبد المقتول ، فيثبت للمولىٰ حقُّ القسامة ؛ فإن القيمة تثبت له ، وانقطع ملك العبد عنه .

وإن قلنا : القيمة ملكُ المالك[٦] ، فهل له أن يقسم ؟ فعلىٰ **وجهين** ، **ذكرهما العراقيون** : **أحدهما** ـ أنه يقسم لبقاء ملكه في القيمة ، **والثاني** ـ أنه لا يقسم لضعف ملكه ، والقسامة تستدعي ملكاً قوياً وسلطنة واستيلاءً ، وليس القِنّ في هـٰذا بمثابة المكاتب ؛ فإن المكاتب له حق الاستقلال في تصرفاته ، وإنما يمتنع عليه التبرعات علىٰ تفاصيلَ مشهورة .

ثم فرع **العراقيون** على الوجهين وقالوا : إذا قلنا : لا يقسم ، فالسيد لا يقسم أيضاً ، فإن [حصل][٧] القتل كما ذكرناه ، فاسترجع المولى القيمة ، فإنها تنقلب إلىٰ ملكه ، فإذا عادت [القيمة][٨] إلىٰ ملكه ، فقد قالوا : لا يقسم السيد ؛ فإن العبد لما قتل ، لم يكن ملكاً للسيد ، فلم تنقلب [القيمة][٩] إليه ، ولما رجعت ، فهـٰذا حق جديد يثبت له ، فلا يقسم .

---

(١) أي ملك ضعيفٌ كما عبر بذلك الغزالي ، وهـٰذا هو العلة الثانية مع ما قبلها من أن القيمة ملك جديد .
(٢) في الأصل : « العتق » .
(٣) المعنىٰ أن العبد لو أعتقه سيده أو باعه سيرجع ما ملّكه إياه إلى السيد .
(٤) في الأصل : « التعين » .
(٥) في الأصل : « بإيلام » . والمراد إتلاف المملّك للعبد عَرْضاً ، أو عبداً .
(٦) المراد العبد المملّك .
(٧) زيادة لاستقامة الكلام .
(٨) في الأصل : « القسمة » .
(٩) في الأصل : « القسمة » .

وفي المسألة أدنى احتمال ، فيجوز أن يجعل السيد كالخَلَف عن العبد كما ذكرناه في الوارث والموروث/ . وهٰذا فيه نظر : يجوز أن يقال : إن جوزنا للعبد أن يقسم ، فإذا استرد السيد [القيمة](١) ، فله أن يقسم علىٰ مذهب الخلافة ، وإن قلنا : ليس للعبد أن يقسم ، فليس للسيد أن يقسم أيضاً ؛ فإن هٰذا الحق لم يثبت للعبد ، فكيف يخلفه السيد فيه بخلاف الوارث والموروث ، وليس من الفقه أن نصور موروثاً ليس من أهل القسامة [يورث](٢) ، فإن حق القسامة ثابت له ، ولٰكنه عاجز عن استيفائه(٣) ، فيخلفه الوارث ويستوفيه إذا كان أهلاً للاستيفاء ، فإذا ثبتت هٰذه المقدمة ، عدنا إلىٰ مسألة الكتاب .

ي ٢٠٢

١٠٩١٤ـ لو قتل عبدٌ لأم الولد ، ولم نُرد عبداً تملكه أمُّ الولد ؛ فإنه علىٰ **الجديد** نُفرّع ، ومذهبه أن أم الولد لا تملك ، وإن ملّكها المولىٰ ، فالمعنيُّ بقوله : لو قتل عبدٌ لأم الولد أن يقتل [عبدٌ](٤) هو برسم أم الولد يُدعىٰ بها ويعزىٰ إليها ، فإذا قتل مثل هٰذا العبد ـ والتفريع علىٰ **الجديد** ـ فإنها لا تقسم ، ويقسم المولىٰ ؛ فإن العبد مملوكُه ، وإن قتل عبد من عبيد المولىٰ ـ ولا أثر لكونه برسم أم الولد إذا قلنا : إنها [لا](٥) تملك ـ [فلو](٦) أوصى السيد بقيمة ذلك العبد لأم الولد ، والثلث وافٍ ، فالوصية صحيحة ؛ لأنها تستحقها بوفاة المولىٰ ، [وهي](٧) تَعتِق بالوفاة ، فلو أقسم المولىٰ ، ثم مات ، صرفت [القيمة](٨) إليها .

---

(١) زيادة من المحقق .
(٢) في الأصل : « يحوز » (كذا تماماً) والمثبت تصرف من المحقق .
(٣) المعنىٰ : كيف يخلف السيد العبدَ في أيمان القسامة ، وهو غير قادر على استيفائها ، فالأصل في الميراث أن يحل الوارث محل الموروث ، فإذا كان الموروث لا يُقْسِم فكيف يصور الفقه وارثاً يقسم ؟
(٤) في الأصل : « عدد » .
(٥) زيادة اقتضاها السياق .
(٦) في الأصل : « ولو » .
(٧) في الأصل : « وهو » .
(٨) في الأصل : « القسمة » .

وإن لم يقسم حتىٰ مات ، ولم يفرض منه نكول ، قال الشافعي : والأصحاب معه : للورثة أن يقسموا ، وإذا أقسموا ، صرفت القيمة إليها .

فإن قيل : كيف يقسم الورثة وأم الولد إذا قبلت الوصية ، ملكت القيمة ، والورثة إذا [أقسموا بالوراثة ، كانوا مقسمين][(١)] علىٰ قيمة هي ملك غيرهم ، فكيف ينتظم هـٰذا ؟

وهـٰذا السؤال ليس مما يستهان به ، وسبيل الجواب عنه أن الورثة خلفوا الميت ، ولا تختص خلافتهم عنه بما يملكون إرثاً[(٢)] ؛ فإنه لو مات ولم يخلف تركة ، وكان عليه دَيْنٌ فإذا قضاه الوارث ، فعلىٰ مستحق الدين أن يقبله ، بخلاف ما لو تبرع أجنبيّ بقضاء دين الميت ؛ فإنه لا يجب علىٰ مستحق الدين قبوله .

وغالب ظني أني رأيت لبعض الأصحاب خلافاً في الوارث أيضاً ـ إذا لم يخلِّف مَنْ عليه الدين شيئاً ـ وينزله منزلة الأجنبي المتبرع بقضاء الدين .

فيرجع تحصيل القول في تعليل إقسام الورثة [إلىٰ][(٣)] أن الموروث إذا أوصىٰ ، فيظهر في غرض الوارث [التشهِّي][(٤)] في تحقيق مراده ، وتنفيذ وصيته ، فثبت لهم ـ لظهور/ هـٰذا الغرض بحق خلافة الوراثة ـ الإقسامُ ، والدليل عليه أنهم يقسمون إذا لم تكن وصية ، مع القطع بأنهم لم يكونوا ملاك العبد لما قتل في حياة الموروث ، ويقسمون [ويستحقون ، وما كان ثبت شيء من استحقاقهم بالقتل][(٥)] ، وإذا ثبت

٢٠٢ ش

---

(١) عبارة الأصل : « أنشؤوا الوراثة كانوا منقسمين » .

(٢) أي لا تختص الخلافة بالملك فقط ، بل هناك حقوق تورث ، كما هو معروف في علم الفرائض .

(٣) في الأصل : « إلا » .

(٤) في الأصل : « التشفي » .

(٥) في الأصل : « ويستحقون وما كان أكثر من استحقاقهم بالقتل » والمثبت من تصرف المحقق ، والمعنىٰ ـ علىٰ أية حال ـ أنهم لم يكونوا يملكون العبد لما قتل ، والقيمة لم تكن ثبتت لمورثهم ؛ فإنها لا تثبت إلا بثبوت القتل بأيمان القسامة ، فإذا أقسموا ، أثبتوا القتل ، وأثبتوا ضمناً حق مورثهم مستنداً إلىٰ حالة القتل ، فاستحقوا ـ بناء علىٰ ذلك ـ خلافته .

القتل ، [تضمّن][١] ثبوتُه استنادَ ثبوت حق الموروث إلىٰ حالة القتل ، وكأنهم تم ترتيب [إرثهم][٢] علىٰ ثبوت حقه ، وهـٰذا لا يحال إلا علىٰ حق الخلافة . هـٰذا هو الممكن في تعليل إقسام الورثة .

١٠٩١٥ـ وأمُّ الولد وإن كانت قد قبلت الوصية ، وملكت [القيمة][٣] لا تقسم ابتداء ، لأنه ليس تستحق [القيمة][٤] بخِلافةٍ ، [وإنما][٥] تستحقها بوصية ، وقتُ نفوذها الموتُ ، ولسنا ننكر أن الوصية يترتب نفوذها علىٰ ثبوت ملك الموصي ، ولـٰكن انتفت الخلافة ، فلو حلفت [حلفت][٦] علىٰ أمرٍ ناجزٍ لا استناد له .

ومن ظن أن إقسام الورثة يؤخذ من ثبوت الملك لهم في الموصىٰ به أولاً ، فقد أبعد ، فإنّ **الشافعي** قطع القول بإقسام الورثة ، واتفق **الأصحاب** علىٰ ذلك ، وأقوالهم مختلفة في ملك الموصىٰ به قبل قبول الوصية ، ثم يلتزم هـٰذا القائل أن يقسموا قبل القبول ، ولا يقسموا بعده[٧] ، وهـٰذا [لا][٨] صائر إليه ، ولا قائل به .

ثم لو فرعنا علىٰ أن الملك للورثة قبل القبول ، فهو أضعف الأملاك حتىٰ قيل : إنه تقدير ملك ، وليس يتحقق ، وسبب التقدير أنا لا نجد بداً من إسناد الملك إلىٰ مالك قبل القبول ، والإقسام علىٰ تقدير الملك بعيد ، ولم نذكر هـٰذا ليكون مذهباً ، ولـٰكن [كشفنا][٩] إمكاناً وأبطلناه ، وانتظم اتفاق **الأصحاب** علىٰ أن الورثة يقسمون قبل القبول وبعده .

---

(١) في الأصل : « فضمن » .
(٢) في الأصل : « إذنهم » .
(٣) في الأصل : « القسمة » .
(٤) في الأصل : « القسمة » .
(٥) في الأصل : « وإن لم » .
(٦) في الأصل : « طلقت » .
(٧) المعنىٰ أن الورثة يُقسمون قبل قبول أم الولد للوصية بالقيمة ، لأنها عندما تقبل تنتقل القيمة إلىٰ ملكها ، فلو أقسموا بعد القبول ، كانوا يقسمون علىٰ ما يملكه غيرهم ، وهـٰذا لا قائل به ، فإن القيمة لا تثبت أصلاً إلا بالإقسام .
(٨) زيادة اقتضاها السياق .
(٩) في الأصل : « كشفا » .

فإن قيل : لو أوصىٰ رجل لرجل بعين من أعيان ماله ، ثم مات الموصي ، وادعىٰ مدَّعٍ استحقاقاً في العين الموصىٰ بها ، فهل يحلف الوارث لتنفيذ الوصية ، أم كيف السبيل فيه ؟ قلنا : هـٰذا فيه تردد ، وفضل نظر : يجوز أن يقال : الوارث يحلف حتىٰ إذا انتهت [الخصومة][1] ، [استُحقّت][2] الوصية .

ويتجه أن يقال : إذا قبل الموصىٰ له الوصية ، ثم ظهرت الدعوىٰ ، [فالخصومة][3] تتعلق بالموصىٰ له ؛ فإنه مَلَك العين ، واستبدَّ بها في ظاهر الحال ، فيتعلق النزاع به ، وتتوجه الدعوىٰ عليه ، وليس كصورة القسامة [، فإنها][4] من خواص القتل[5] ، وحقها أن تستند إلى القتل ، ولا ترتبط [دعوىٰ][6] [الاستحقاق][7] إلىٰ ما تقدم ، فيحمل الأمر على الحالّ ، وهـٰذا/ فقيهٌ حسن[8] . ٢٠٣ ي

وإذا قلنا : تتعلق الخصومة بالموصىٰ له بعد القبول ، فيتردد الرأي في تعلق الخصومة بالورثة قبل القبول . وهـٰذا الآن يُحوج إلىٰ مزيد نظر ، وستأتي الدعاوىٰ في

---

(١) في الأصل : « الوصية » .
(٢) في الأصل : « استمرت » .
(٣) في الأصل : « بالخصومة » .
(٤) زيادة اقتضاها السياق .
(٥) الكلام ما زال في صورة أم الولد ، وهل تقسم ، ولذا فقوله : « وتتوجه الدعوىٰ عليه ، وليس كصورة القسامة . . . إلخ » معناه أن الموصىٰ له هنا تتوجه الدعوىٰ عليه ، وتتعلق الخصومة به عندما يدعي مدعٍ حقّاً في العين الموصىٰ بها له ، وهـٰذا بخلاف أم الولد الموصىٰ لها فلا تتوجه الدعوىٰ عليها ، ولا تُقسم أيمان القسامة ؛ لأن حقها يستند إلى القتل ، فما لم يثبت القتل ، لا تثبت القيمة الموصىٰ بها ، فكيف تقسم ولم يثبت لها ملك في القيمة بعدُ ، بل لم تثبت القيمة نفسُها .
(٦) زيادة اقتضاها السياق ، والمراد دعوىٰ من ادعى استحقاق العين الموصىٰ بها .
(٧) في الاستناد .
(٨) وجه الفقه والحُسن هو إدراك الفرق بين الصورتين ، ففي الصورة الأولىٰ تعلق ملك الموصىٰ له (أم الولد) بقيمة العبد القتيل ، وهي لم تثبت بعد ، وأم الولد ليست خليفة الميت الموصي حتىٰ تقوم مقامه في أيمان القسامة .
أما في الصورة الثانية ، فيتعلق ملك الموصىٰ له بعين قائمة مملوكة ملكاً حالاً ، فتكون الدعوىٰ موجهة عليه ، فهو الذي يقسم إذاً ، وليس الورثة .

الوصايا وغيرها في موضعها ـ إن شاء الله عز وجل ـ وإنما نجّزتُ هـٰذا القدَرَ لتميز مسألة القسامة عما عداها .

١٠٩١٦ـ ويعود ـ الآن بنا ـ الكلامُ إلى القول في القسامة ، فإن أقسم الورثة ، صرفت القيمة إلىٰ أم الولد ، ولو نكل الورثة عن أيمان القسامة ، فهل لأم الولد أن تُقسم وتأخذ القيمة ؟ **فعلىٰ قولين** : **أحدهما** ـ ليس لها ذلك ؛ لأنها تأخذ ما يثبت ملكاً للموصي وليس إليها إثبات ملك الموصي . **والثاني** ـ لها أن تحلف ؛ [لأن][1] مآل الاستحقاق إليها .

وهـٰذان القولان يجريان فيما لو أقام الوارث شاهداً واحداً علىٰ إنسانٍ بدين لأبيه ، وكان الأب [مديناً][2] ، فإذا لم يحلف الوارث ، فهل يحلف الغرماء ؟ **فعلىٰ قولين** : **أحدهما** ـ لا يحلفون ؛ لأن إثبات الملك ليس إليهم ، **والثاني** ـ أنهم يحلفون ؛ لأن مصير الملك إليهم ؛ فإن ما يثبت تركةً للمديون ، فهو مصروف إلىٰ ديونه ، فإن قيل : هلا رتبتم تحليف أم الولد علىٰ تحليف الغرماء ، وجعلتم أم الولد أولىٰ بالحلف من جهة أن استحقاقها تعلق [بعين القيمة][3] ، فهي تقسم علىٰ ما ملكته ، وهـٰذا لا يتحقق في التركة وحقوق الغرماء ؛ فإن الغرماء لا يملكون التركة ، بل للورثة أن يؤدوا ديونهم من أموال أنفسهم ويستخلصوا التركة ؟

قلنا : هـٰذا علىٰ حالٍ وجهٌ في الفرق ، ولـٰكن لا فقه فيه ؛ فإن حصول الملك في القيمة لا يوجب حقَّ الإقسام ، ولو كان علىٰ هـٰذا معول ، لأقيمت أم الولد ابتداء دون الورثة ، ولـٰكن القسامة تُثبت القتل ؛ إذ هي من خصائصه ، ولا حق للمستولدة حال أثبتنا للورثة القسامة ، فليس يتحتم عليهم أن يحلفوا ، وإن كانوا علىٰ بصيرة وعلم[4] ، ولا تجب الأيمان قط .

ولو ظن ظان أن في إقسامهم تنفيذَ وصية ، وعليهم القيام بتنفيذها ، كان ذلك كلاماً

---

(١) في الأصل : « الآن » .

(٢) في الأصل : « عرضاً » . (كذا تماماً) .

(٣) في الأصل : « بغير القسمة » .

(٤) أي بحق مورّثهم في القيمة .

مضطرباً ، فإن الذي على الورثة ألا يمنعوا ولا يمتنعوا ، فأما أن يسعَوْا ويبذلوا من عند أنفسهم أمراً بالتنفيذ ، فهـٰذا غير محتومٍ عليهم .

١٠٩١٧ـ ثم **قال الشافعي** رضي الله عنه : « **ولو لم يقسم الورثة ، لم يكن لهم ولا لها شيء إلا أيمان المدعىٰ عليهم** »[١]/ هـٰذا لفظ الشافعي مست الحاجة إلىٰ إيراده لتعلق الأصحاب به لاستتمام الكلام في المسألة : فإذا لم يقسم الورثة ، وقلنا : لا تقسم أم الولد ، أو قلنا إنها تقسم ، فمن الذي يوجه اليمين على المدعىٰ عليه ، ويثبت له حق الانتصاب في مقام الدعوىٰ والطلب ؛ فإن القسامة وإن لم تجر ، فالخصومة لا تتعطل ؟ ظاهر النص أن لأم الولد الطلبُ ، وللورثة الطلب ، **ونصُّ الشافعي** في صدر الفصل يدل علىٰ أن أم الولد لا تقسم ، وإن نكل الورثة عن القسامة ، فليفهم الطالب هـٰذين من كلام **الشافعي** .

٢٠٣ ش

١٠٩١٨ـ وإذا ثبت هـٰذا ، عدنا إلىٰ تصرف **الأصحاب** في الدعوىٰ وتوجيه الطلب ، قال **طوائف من المحققين** : الدعوىٰ وتوجيه اليمين على المدعىٰ عليه مأخوذ من القسامة ، وقد قلنا : للورثة أن يقسموا ، فلهم أن يطلبوا اليمين من المدعىٰ عليه ؛ فإنهم إذا تسلطوا علىٰ أيمان القسامة للعلّة التي ذكرناها ، فلهم حق الدعوىٰ وطلب اليمين لتلك العلة ، هـٰذا قولنا في الورثة .

فأما أم الولد ، فإن قلنا : إنها تقسم لو نكل الورثة ، فيثبت لها حق الدعوىٰ والطلب ، [وإن][٢] قلنا : إنها لا تقسم ، فليس لها حق طلب اليمين ؛ فإن طلب اليمين إنما يثبت لمن نحلِّفه يمينَ الرد لو فرض نكول المطالَب ، فإن قلنا : أم الولد لا تحلف ، لم يكن لطلبها اليمين معنىً ، فإنها لو طلبت ، لنكل الخصم ، ثم لا يُقضىٰ بالنكول ، ولا ترد اليمين .

وإن قلنا : اليمين مردودة عليها ، فينبغي أن تكون من أهل أيمان القسامة أيضاً .

هـٰذا مسلك **الأصحاب** .

---

(١) ر . المختصر : ١٤٨/٥ .
(٢) في الأصل : « فإن » .

والمسلك الحق عندنا أنه يثبت حق الطلب لأم الولد ، وهـٰذا **نصّ الشافعي** ، فإنه قال : « **ليس لها ولا لهم إلا أيمان المدعىٰ عليهم** » وقد ذكرنا أن النص دال علىٰ أن أم الولد لا تقسم ، فاقتضىٰ مجموع ذلك أنها وإن كانت لا تقسم ، فلها طلب اليمين من المدعىٰ عليه ، وتعليل ذلك من جهة المعنىٰ أن القسامة مقصودها إثبات القتل ، وهي من خواص القتل لا يثبت بها غيره ، وأما إذا استقر الملك في القيمة ، فادعته أم الولد بعد قبول الوصية ، فإنما تدعي ملكاً لها محققاً ، ولا حاجة في تجويز الدعوىٰ إلىٰ إثبات جهة الاستحقاق ، ثم الوجه إذا جوزنا لها أن تحلّف المدعىٰ عليه أن تردّ اليمين عليها إذا نكل المدعىٰ عليه ، وليس تحليفها يمين الرد بمثابة أيمان القسامة ؛ لما أشرنا إليه من أن القسامة لا تُثبت/ إلا القتل ، ويمين الرد يثبت الملك الناجز من غير حاجة إلى الالتفات علىٰ سابق . ي ٢٠٤

والذي يكشف الحق فيه أن الدعوىٰ في الملك تُسمع مطلقة ، ودعوىٰ [الدم][1] لا تسمع مع أيمان القسامة مطلقة ، بل يجب التعرض في أيمان القسامة [للتفصيل][2] ، وإذاً الصحيحُ عندنا أن أم الولد تطلب يمين المدعىٰ عليه ، وإذا نكل ، ردت اليمين [عليها][3] ولا تعلق لهـٰذا بالقسامة ؛ فإن أيمان القسامة من خصائص القتل ، وطلب يمين المدعىٰ عليه والإقدام علىٰ يمين الرد بعد نكوله من أحكام الخصومات المتعلقة بالملك الناجز وهي المالك للقيمة .

ثم من تمام الكلام في هـٰذا أن من بنىٰ حق طلبها علىٰ أنها تقسم ، لزمه أن يقول : إنما تدعي المستولدة وتطلب اليمين إذا لم يطلب الورثة ، حتىٰ يترتب طلبها علىٰ تركهم ، كما أنها لا تحلف أيمان القسامة ابتداء ، وإنما تحلف إذا نكل الورثة ، هـٰذا لا بد منه .

وإذا قلنا : لها حق الطلب ، وإن كانت لا تقسم ، وهي الطريقة المرضية ، فتبتدىء

---

(١) في الأصل غير مقروءة ، والمثبت من لفظ الغزالي في البسيط .
(٢) في الأصل : « للقتل » . والمثبت من عبارة الغزالي في البسيط .
(٣) في الأصل : « عليهما » .

الطلب والدعوىٰ من غير حاجة إلى انتظار إعراض الورثة [عن][(١)] الطلب .

١٠٩١٩ـ والذي يغمض في هـٰذه الطريقة طلب الورثة ودعواهم ، وليس الملك لهم ، وقد ذكرنا أن هـٰذه الخصومة متعلقها الملك الناجز ، ولا ملك لهم ، وإنما الملك للمستولدة ، ولـٰكن **الشافعي** رضي الله عنه نص علىٰ أن لهم أن يدّعوا ويطلبوا ، واتفق **الأصحاب** علىٰ ذلك ، وأنا أذكر وجهه بتوفيق الله .

فأقول : دعواهم تصدر منهم علىٰ وجه لو أرادوا الإقسام لأقسموا ، فإذا نكلوا ، بطلت اليمين [لتتميم][(٢)] خصومة القسامة ، فلهم أن يقسموا للخصومة ، حتىٰ لو كان القتل بحيث لا تثبت القسامةُ فيه ، فيبعد حينئذ أن يثبت لهم ابتداء الدعوىٰ إلا علىٰ تأويل السعي في تنفيذ الوصية ، وتحصيل غرض الموروث ، وهـٰذا الطرف في نهاية الاحتمال ؛ فإن الورثة إذا لم يقسموا في محل القسامة ، وقلنا أم الولد لا تقسم ، فقد قال **الشافعي** بعد ذلك : « **لهم ولها أن يحلِّفوا المدعىٰ عليه** » وإذا فرض النكول عن أيمان القسامة ، التحقت الخصومة بصورة لا قسامة فيها . هـٰذا وجه ، ويحتمل غيره وقد نبهنا علىٰ جميع المسالك .

فصل

قال : « ولو جرح رجل ، فمات مرتداً . . . إلىٰ آخره »[(٣)] .

١٠٩٢٠ـ إذا جرح مسلم مسلماً ، فارتد المجروح ومات ، أو قتل مرتداً ، بطلت القسامة/ هـٰكذا نقل **المزني** ، وهو صحيح ، ولـٰكنه اعتل بعلة فاسدة ، فقال : بطلت القسامة ، لأن ماله فيء ، وهـٰذا التعليل غير سديد ، والقسامة لا تبطل [به][(٤)] ، والمعنى المعتمد في إبطال القسامة أنه إذا مات مرتداً ، فقد مات وروحه مهدرة غير

٢٠٤ ش

---

(١) في الأصل : « علىٰ » .

(٢) في الأصل : « بقية » . والمثبت من عبارة الغزالي في البسيط ، وذلك قوله : « فإذا نكلوا بطلت اليمين بالاستتمام لخصومة القسامة » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٠٣ يمين) .

(٣) ر . المختصر : ١٤٨/٥ .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

محترمة ، وإنما يجب الضمان بالجرح ، والقسامة لا تجري في أروش الجراحات ، فهـٰذا تعليل بطلان القسامة .

ولو جرح مسلماً ، فارتد ، ثم عاد إلى الإسلام ومات مسلماً من سراية الجراحة ، فالقول في وجوب القصاص ، ثم في وجوب الدية تقدم مستقصىً في أول الجراح .

والقدر الذي تمس الحاجة إلىٰ إعادته أنا إن أوجبنا القصاص في النفس ، فلا شك في وجوب تمام الدية ، ثم لا ريب في جريان القسامة ، وإن لم نوجب القصاص ، ففي كمال الدية خلاف ، وإن لم نوجب الدية الكاملة ، ففي مقدار ما نوجب خلاف .

فإن أكملنا الدية ، جرت القسامة في محلها علىٰ شرطها ، وإن أوجبنا بعضاً من الدية ، ففيما نقله **بعض الأثبات** عن **القاضي** أن القسامة لا تجري ، وهـٰذا صحيح عندنا ، والوجه إجراء القسامة ، لأن الواجب ضمان الروح ، فإن أهدرنا البعض بسبب اقتضى الإهدار ، فالذي أوجبناه هو في مقابلة الروح .

وإن طلب طالب لما حكيناه عن **القاضي** وجهاً ، فالممكن فيه أن القسامة تثبت مائلة عن سَنَنِ القياس ، وإنما صح النقل فيها إذا كانت الروح محترمة مضمونة بكمالها ، وإذا تطرق الإهدار ، وكان البعض من الروح هدر ، والبعض مضمون ، وهـٰذا غضٌّ ظاهر من حرمة النفس ، فيلتحق هـٰذا الضمان بالأطراف .

فإن قيل : ماذا ترون في الكفارة في هـٰذه الصورة ؟ قلنا : الظاهر وجوب الكفارة ؛ فإنا نقول : إذا اشترك جماعة في قتل إنسان ، فيجب علىٰ كل واحد منهم كفارة تامة ، وإن لم ينتسب إلىٰ تمام القتل ، فيجب أن يكون الأمر كذلك هاهنا ، وقد يَفْصِل الفاصل بأن جملة الروح محترمة في مسألة الشركاء وتبعيضها عسر ، وهاهنا جملة الروح ليست محترمة ، وإيجاب الكفارة والحرمة غير تامة بمثابة تقدير الكفارة في الأطراف وهـٰذا بعيد .

والوجه إيجاب الكفارة . نعم ، سنذكر قولاً بعيداً في أن الشركاء تلزمهم كفارة واحدة مفضوضة عليهم ، فعلىٰ هـٰذا إذا تبعضت الدية إهداراً [وإيجاباً][1] ، أمكن أن

(١) في الأصل : « وانحارا » (كذا تماماً) .

نقول على القول البعيد/ : يجب بعض الكفارة علىٰ قدر الواجب من الدية ، وكل ذلك ٢٠٥ ي
بيان الطرق ، والأصل ما قدمناه .

ولو جرح رجل مرتداً ثم أسلم ، فجَرحَه بعد الإسلام جراحة أخرىٰ ، ومات من الجرحين، فالدية تتبعض، وفي القسامة من الكلام ما [تقدّم][1] والكفارة تساوق القسامة في موجب هـٰذه القاعدة، فلو قال قائل: إذا مات مسلماً ، فهو محترم حالة ثبوت الموت، قلنا : [ومع ذلك يجب][2] قسط من الدية ، ولو لم يُجدّ[3] جرحاً بعد الإسلام ، ومات من الجرح الذي جرىٰ في الردة فهو هدر ، وإن مات مسلماً [فهـٰذا][4] منتهى القول في ذلك .

فصل[5]

قال : « فإن جرح وهو عبد ، ثم أعتق ، ثم مات حراً . . . إلىٰ آخره »[6] .

١٠٩٢١ـ هـٰذه المسالة تستند إلىٰ أصولٍ : **منها** ـ إن القسامة هل تجري في العبيد ، وقد قدمنا في ذلك قولين . **ومنها** ـ إن الأيمان هل توزع على المدّعين ، أم يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً ؟ وهـٰذا سيأتي مستقصىً في بابٍ ، إن شاء الله . **ومنها** ـ إن العبد إذا جرح فعَتَق ، ثم مات ، فكم يستحق السيد من ديته ؟ وقد مضىٰ هـٰذا مستقصًىٰ في كتاب الجراح .

١٠٩٢٢ـ فنعود ونقول : عبدٌ قطعت يدُه ، ثم عَتَق ومات ، فعلى الجاني ديةُ النفس ؛ نظراً إلىٰ [المآل][7] ، ثم إذا كانت الدية مثلَ نصف القيمة ، أو أقل ، فالكل للسيد ، [ولا][8] حق للورثة .

---

(١) مكان بياض بالأصل .
(٢) في الأصل : « وقع ذلك تحت » .
(٣) يُجدّ : من أَجدّ بمعنى استحدث .
(٤) سقطت من الأصل .
(٥) من أول هـٰذا الفصل بدأ عندنا نص مساعد ، هو (هـ٢) .
(٦) ر . المختصر : ٥/١٤٨ .
(٧) في الأصل : « الحال » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٨) في الأصل : « فلا » ، والمثبت من (هـ٢) .

فإن جرت الجناية مع اللوث ، ومست الحاجة إلىٰ إثباتها بأيمان القسامة ، فالمذهب الظاهر أن السيد يقسم ويستحق .

والأَوْلىٰ في الترتيب أن نقول : إن أثبتنا للسيد حقَّ القسامة علىٰ عبده المقتول علىٰ رقه ، فلا شك أنه يُقسم فيما نحن فيه ، [وإن][1] قلنا : لا يقسم السيد علىٰ عبده الرقيق ، فهل يقسم إذا جرت الجناية في الرق وأفضت إلى الهلاك في العتق ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه لا يقسم ؛ لأنه إنما يستحق بجهة الرق ، فلا نظر إلىٰ حصول العتق في المآل ، ولو كان بالعتق معتبر ، لقطعنا استحقاقه ؛ فإن السيد يبعد أن يستحق من دية حرٍّ بحق الرق السابق ، وإن أثبتنا الاستحقاق ، كان ذلك استدامةً لحكم الرق ، فتكون القسامة علىٰ هـٰذا الشخص بمثابة القسامة على العبد القِنّ .

ومن **أصحابنا** من قال : يقسم ؛ فإن القتيل حر ، ثم لا نظر إلى السبب الذي به يستحق المولىٰ ديته ، وإنما الاعتبار بالحال التي مات عليها .

وهـٰذا التردد **للأصحاب** يشير إلىٰ غامضة في المذهب قد تناهينا في بيانها ، وهي أن الواجب دية/ ، والدية بدل حر ، والرق قد زال بالعتق ، [وأخْذ][2] أرش جزء من الرقيق من [دية][3] حر مشكلٌ ، والقدر الذي يتعلق بهـٰذا الكتاب ما أتينا به ، والباقي مذكور في موضعه من كتاب الجراح . ش ٢٠٥

هـٰذا إذا كانت الدية مثل أرش الجناية على الرقيق أو أقل منها ، [والتفريع][4] علىٰ أصح القولين فيما للسيد ، فلا معنىٰ للتطويل بذكر القول الآخر .

١٠٩٢٣ ـ ولو كانت الدية أكثرَ من حق السيد ، فالفاضل من حق السيد مصروف إلىٰ ورثة هـٰذا العتيق ، والتفريع علىٰ أن السيد يقسم ، والورثة لا شك يقسمون ، وينشأ من هـٰذا الموضع اختلاف القول في أن كل واحد منهم كم يحلف ؟ وفيه **قولان** : سيأتي ذكرهما في بابٍ مفرد : **أحدهما** ـ أن كل واحد يقسم خمسين يميناً ، قلّت حصته أو

(١) في الأصل : « إن » بدون الواو .
(٢) في الأصل : « فآخر » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٣) في الأصل : « ديته » .
(٤) في الأصل : « فالتفريع » .

كثرت ، **والقول الثاني** ـ أنهم بجملتهم يقسمون خمسين يميناً ، وسيأتي كيفية الفضّ وما يقتضيه من بيان .

ولو نكل بعض من أثبتنا له حقَّ القسامة عن اليمين ، فإن كان التفريع علىٰ أن كل واحد يحلف خمسين يميناً ، فلا إشكال ، ويحلف من يريد خمسين يميناً ، ويستحق حصته ، وإن قلنا : نفُضُّ خمسين يميناً عليهم ، فإذا نكل بعضهم ، فأراد الباقون أن يقتصروا علىٰ ما كان بحصتهم من أعداد الأيمان لو توافقوا على الإقسام ، لم يكن لهم ذلك ، بل إن أرادوا إثبات حصصهم ، فليُخرجوا الناكلَ من الاعتبار ، ولْيحلفوا فيما بينهم خمسين يميناً ، حتىٰ لو نكل الورثة وأراد الولي أن يقسم ، فليقسم خمسين يميناً ؛ [فإنه][1] لا سبيل إلىٰ إثبات استحقاق شيء من بدل الدم بدون الخمسين ، وكل ذلك يأتي مشروحاً من بعدُ ، إن شاء الله عز وجل .

فصل

قال : « ولو لم يقسم الولي حتى ارتد . . . إلىٰ آخره »[2] .

١٠٩٢٤ـ الولي إذا ورث دية القتيل ، ثم ارتد ، فأراد أن يقسم وهو مرتد ، فهـٰذا ينبني علىٰ أقوال ملك المرتد ، فإن قلنا : ملك المرتد لا يزول بالردة ، وإنما يزول إذا قتل أو مات مرتداً ، فيُقسم في ارتداده ، وتثبت الدية .

وإن قلنا : ملكه زائل ، فإذا عاد إلى الإسلام ، تجدد ملكه بعد الزوال ، فلا يتصور منه أن يقسم في ردّته .

وإن فرعنا علىٰ أن ملكه موقوف ، **والشافعي** في معظم مسائله يفرع علىٰ قول الوقف ، وظاهر النص أنه يحلف ، ثم إن عاد ، فالملك [له][3] في الدية ، فإن أصر حتىٰ مات أو قتل علىٰ ردته ، تبينا أن ماله فيء ، وصرفنا الدية مع جميع أمواله إلىٰ أهل الفيء .

---

(١) في الأصل : « وإنه » . والمثبت من (هـ٢) .
(٢) ر . المختصر : ١٤٨/٥ .
(٣) زيادة في (هـ٢) .

ي ٢٠٦ وهـٰذا فيه/ **إشكالان** : نبدأ **بأوقعهما** ـ ظاهر النص يدل علىٰ أن الدية تثبت لأهل الفيء بأيمان المرتد ، وهـٰذا إن كان تفريعاً علىٰ قول الوقف ، فهو مشكل جداً ؛ فإنه إذا مات مرتداً ، تبيّنا أن ملكه زال بنفس الردة ، والأيمان التي أجراها في الردة وقعت بعد زوال ملكه ، فيبعد كل البعد أن تثبت الدية لأهل الفيء بأيمانه ، وظاهر النص يدل [علىٰ][1] التفريع علىٰ قول الوقف ؛ فإنه إذا ارتد وأقسم [وُقفت][2] الدية ، ثم ذكر مصرف الدية في [العاقبتين][3] .

فمن **أصحابنا** من قال : هـٰذا تفريع من **الشافعي** علىٰ أن الملك لا يزول بالردة ، وقوله : وُقفت الدية محمول علىٰ حجر السلطان على المرتد ، وإن قلنا : لا يزول ملكه والعلماء يطلقون الوقف ، ويريدون به ضرب الحَجْر ، فتستمر المسألة ، وتخرج علىٰ سَنَن القياس في العاقبتين : عاد إلى الإسلام أو مات على الردة .

ومن أصحابنا من أجرىٰ هـٰذا علىٰ قول الوقف ، ثم حاول الانفصال عن الإشكال ، فقال : الولي وإن ارتد ، فهو الوارث أولاً ، والقسامة تستند إلىٰ حالة القتل ، [وليست][4] خصومة ناجزة ، ويشهد لهـٰذا قولنا : للورثة أن يقسموا علىٰ قيمة العبد المقتول ، وإن كانت موصىٰ بها لأم الولد .

وهـٰذا علىٰ حالٍ مشكل ؛ فإن ما قدمناه في ورثة السيد محمول علىٰ سعيهم في تنفيذ وصيته ، ويبعُد حملُ الأيمان للمرتد علىٰ تثبيت شيء لأهل الفيء . هـٰذا أحد الإشكالين .

١٠٩٢٥ـ الثاني أنه لو أقسم ـ والتفريع علىٰ قول الوقف ـ ثم عاد إلى الإسلام ، فقد يعترض في هـٰذه الحالة أنا إذا كنا نفرع علىٰ قول الوقف ، فكيف يجوز للمرتد أن يقدم على القسامة ، وهو على التردد في أنه مالكٌ للدية أم لا ؟ وهـٰذا أهون .

---

(١) في الأصل : « في » . والمثبت من (هـ٢) .
(٢) في الأصل : « وقعت » . والمثبت من (هـ٢) .
(٣) في الأصل : « القياس » . والمثبت من (هـ٢) .
(٤) في الأصل : « والسبب » .

والأصحاب مجمعون [فيما][1] أظن علىٰ أنه يقسم في حالة الردة ولا بُعد في جريان الأيمان على التردد في الاستحقاق ، وسيأتي لهـٰذا نظائر في إقسام الورثة وفيهم [خنثىٰ][2] أو بعضهم غُيّب ، فإنا قد نحلّف الشخص خمسين ، وهو علىٰ تردد في استحقاق بعض ما أقسم عليه ، والأمر على الجملة محمول على استدامة ملكه ، وعدّ الردة الطارئة عارضاً مُزالاً بالسيف ؛ فإن المرتد [لا يترك علىٰ إصراره][3] .

وسيكون لنا إلىٰ هـٰذا عودة إن عدنا لما [استشهدنا][4] به من أحكام الورثة .

[فَصْلٌ][5]

قال : « والأيمان في الدماء مخالفة لها في الحقوق . . . إلىٰ آخره »[6] .

١٠٩٢٦ـ قد ذكرنا [اختلاف][7] القول في أن القتل إذا لم يكن مقترناً بلوثٍ/ ٢٠٦ ش ظاهر ، واقتضى الحال البداية بالمدعىٰ عليه ، فإنا نحلّفه يميناً واحدة ، أو خمسين يميناً ؟ فأحد القولين أنا نحلّفه [خمسين يميناً][8] ، تغليظاً لأمر الدماءِ ، وتفخيماً لشأنها علىٰ أي وجه فرضت البداية ، فإنا إن كنا نرى التغليظ على المدعي إذا وقعت البداية به احتياطاً حتىٰ [لا يقدم][9] على الأيمان مجازفاً ، فيجب أن نحتاط للدماء في تحليف المدعىٰ عليه ؛ حتىٰ لا يُقدم على اليمين الواحدة مستهيناً بها ، وقد نص **الشافعي** علىٰ هـٰذا القول هاهنا .

والقول الثاني ـ أن اليمين الواحدة كافية ، والعدد في أيمان القسامة في مقابلة إمالتنا

---

(١) في الأصل : « عما » . والمثبت من (هـ٢) .
(٢) في الأصل : « حي » .
(٣) في الأصل : « لا ينزل علىٰ إقراره » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٤) في الأصل : « استشهدا » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٥) غير موجود بنسخة الأصل . وهو في (هـ٢) .
(٦) ر . المختصر : ١٤٨/٥ .
(٧) زيادة من (هـ٢) .
(٨) في الأصل : « يميناً واحدة » . والمثبت من (هـ٢) .
(٩) في الأصل : « لا يغرم » .

للأيمان عن منصبها وجانبها الثابت في الحكومات ، فإذا جرت الأيمان علىٰ قياس الخصومات ، [فلا][(١)] معنىً لتعديدها ، فإن عدد اليمين قريب من عدد الإقرار ، وقد ذكرنا أن الأقارير لا يشترط تعددها ، وقد يتوجه هـٰذا أيضاً بأن العدد في أيمان القسامة مأخوذ من النصّ معدول عن القياس ، ولا يتعدىٰ بها موضعها .

١٠٩٢٧ـ ومما ذكره **الأئمة** أن المدعىٰ عليه لو اعترف بالقتل وأنكر كونه عمداً وأقر بصَدَر القتل منه خطأ أو علىٰ صورة شبه العمد ، فإذا أراد المدعي تحليف المدعىٰ عليه علىٰ نفي العمد ، فهل تتعدد الأيمان ؟ قالوا : إن قلنا : لا تتعدد اليمين علىٰ أصل القتل ، فلا تتعدد علىٰ صفة القتل ، وإن قلنا : اليمين تتعدد علىٰ أصل القتل لو أنكره ، ففي تعدد اليمين في صفة القتل وجهان ؛ فإن الموصوف آكد وأحرىٰ بالتعظيم من الصفة .

وهـٰذا فن من الكلام لا أرغب فيه ولا أقيم لمثله وزناً ؛ فإن الصفة إذا كانت تُثبت القصاص لو ثبتت ، فقدرها عظيم ، وأصل القتل لو ثبت خطأ ، فمآله الدية والكفارة ، ولو اعترف المدعىٰ عليه بالقتل ، وقلنا : القود [يناط][(٢)] بأيمان القسامة ، وقد جرى اللوث مقترناً بالقتل ، فلا خلاف أن المدعي يقسم خمسين يميناً علىٰ إثبات كون القتل عمداً ، فإن قيل : كيف يقوم اللوث على العمد ؟ قلنا : وهل يقوم اللوث إلا على العمد ؟

ثم إذا كان يقسم علىٰ أصل القتل وكونه عمداً ، فإقرار المدعىٰ عليه بالقتل [وادعاء][(٣)] الخطأ لا يمنعه من الإقسام ، وهـٰذا بيّن لا خفاء به/ . ي ٢٠٧

فإن لم يكن لوثٌ وقد اعترف المدعىٰ عليه بالقتل خطأ ، فإن اعترفت العاقلة [أيضاً][(٤)] فالدية مضروبة عليهم ، وإن أنكروا ، فالدية مضروبة على المدعىٰ عليه في ماله ، فلو أنكر الدعوىٰ ولم يقر ، وعرضنا عليه اليمين فنكل ، ورددنا اليمين على

---

(١) في الأصل : « ولا » . والمثبت من (هـ٢) .
(٢) في الأصل : « نشاط » .
(٣) في الأصل : « ادعاه » .
(٤) زيادة من (هـ٢) .

المدعي [فحلف][١] يمين الرد ، فالدية تثبت . والمسألة مفروضة فيه إذا كان المدعَىٰ خطأً .

١٠٩٢٨ـ ثم الدية تضرب في مال المدعىٰ عليه ، أو علىٰ عاقلته ؟ اختلف **أصحابنا** علىٰ **طريقين** : فمنهم من قال : في المسألة **قولان** مبنيان علىٰ أن يمين الرد تنزل منزلة البينة أو تنزل منزلة إقرار المدعىٰ عليه ، فإن قلنا : إنها كالبينة ، فالدية مضروبة على العاقلة ، كما لو شهدت بينة عادلة علىٰ وقوع القتل خطأً ، وإن قلنا : يمين الرد بمثابة إقرار المدعىٰ عليه ، فالدية مضروبة على المدعىٰ عليه إذا أنكرت عاقلته ، كما لو أقرّ .

هـٰذه طريقة أيضاً مشهورة .

والذي ذهب إليه **المحققون** أن الدية لا تضرب على العاقلة ، وإن قلنا : يمين الرد تنزل منزلة البينة ؛ والسبب فيه أن يمين الرد لا يجوز أن تقدّر مشبهة بالبينة في حق [غير المستحلَف][٢] ، وسر ذلك أن الخصومة لا تعلق لها بالعاقلة ، فيبعد تنزيل غير البينة منزلة البينة في حقوقهم ، ولا يمتنع أن يكون المدعىٰ عليه عالماً بأنه لو أقر ، لضربت الدية علىٰ ماله ، [فينكر][٣] ، ثم ينكل ليحلف المدعي يمين الرد ، فيكون ذلك تذرعاً منه إلىٰ ضرب العقل على العاقلة من غير بينة حقيقية ، مع إصرارها على الإنكار .

فإن قيل : إذا كنتم [ترون][٤] أن يمين الرد لا يكون كالبينة في حق العاقلة ، فهل لتنزيلها منزلة البينة حكم ؟ وهل ينتج ذلك فائدة ؟ قلنا : نعم ، سنبين ذلك في الفصل المتصل بهـٰذا ؛ فإذ ذاك نجمع بين ما أنكرناه الآن وبين ذكر الفائدة .

١٠٩٢٩ـ ثم قال الشافعي : « وسواء في النكول المحجور عليه وغير المحجور عليه . . . إلىٰ آخره »[٥] .

أراد **الشافعي** بالمحجور عليه السفيه الذي اطرد الحجر عليه . فنقول : إقراره

---

(١) في الأصل : « يحلف » .
(٢) في الأصل : « المستحان » . والمثبت من (هـ٢) .
(٣) في الأصل : « فينكل » .
(٤) في الأصل : « ترتضون » .
(٥) ر . المختصر : ٥/١٤٩ .

بموجبات العقوبات من القصاص والحدود مقبول ، كإقرار المطلَق الرشيد .

ش ٢٠٧ ولا يقبل إقراره بالأموال في المعاملات ، وفي قبول إقراره/ بإتلاف الأموال **قولان** ، وقد ذكرنا ذلك معقوداً مجملاً ، ثم مبيّناً مفصلاً في كتاب الحجر ، وإنما أعدنا هـٰذا [الطرف][1] لغرض سنوضحه ، إن شاء الله .

وقال **العراقيون** : إقراره بديون المعاملات مردودة في الحال ، وبعد انطلاق الحجر عنه ، فلا [يؤاخذ][2] به إلا أن يجدد بعد الرشد إقراراً .

وإقراره بالإتلاف علىٰ **قولين** : فإن لم نقبله في الحال ، فإذا انطلق الحجر عنه ، فهل يؤاخذ به ؟ فعلىٰ قولين .

وهـٰذا كلام ركيك ، فإنه لو كان يؤاخذ إذا رشد ، لكان مؤاخذاً به في سفهه ؛ فإن المطلوب حقه في السفه والرشد .

فلو ادعىٰ مدع على السفيه قتلَ خطأٍ ، فأنكر ، فعرضنا اليمين عليه ، فنكل وحلف المدعي يمين الرد ، فإن قلنا : إن إقراره بالقتل خطأً مقبولٌ ، فلا شك أنه يثبت عليه ، والدية مأخوذة من ماله إذا لم تعترف العاقلة .

وإن قلنا : لا يقبل إقراره في القتل الواقع خطأ ، فهل يثبت القتل بيمين الرد أم لا ؟ قال **الأصحاب** : هـٰذا يخرج علىٰ أن يمين الرد بمثابة الإقرار أو بمثابة البينة : فإن أحللناها محل الإقرار ، [لم][3] نثبت القتل بها ، فإن التفريع علىٰ أن القتل لا يثبت بإقراره إذا كان خطأً ؛ [فإنه][4] في معنىٰ إتلاف المال .

وإن قلنا : يمين الرد ينزل منزلة البينة ، فالقتل خطأً يثبت على المحجور .

١٠٩٣٠ـ وهـٰذا أوان الوفاء بما وعدنا من تحقيق هـٰذين القولين وإبانة فائدتهما ، فنقول : القولان جاريان في حق المحجور ؛ فإن يمين الرد يجوز أن تكون حجة في

---

(١) في الأصل : « الفرق » .
(٢) في الأصل : « مؤاخذة » .
(٣) في الأصل : « ولم » . والمثبت من (هـ٢) .
(٤) زيادة من (هـ٢) .

حق المدعىٰ عليه ؛ فإن الخصومة متعلقةٌ [به][١] ، وفي هـٰذه الصورة بعينها يبعد أن تضرب الدية على العاقلة مصيراً إلىٰ أن يمين الرد كالبينة ، وقد صار صائرون إلىٰ تخريج الضرب على العاقلة على القولين ، وهـٰذا هو الذي زيّفه **المحققون** ، فقد لاح الغرض في هـٰذه الصورة لاشتمالها علىٰ مدعىٰ عليه يحلف ، ولا يقبل إقراره [علىٰ][٢] العواقل الذين لا تتعلق الخصومة والطلب بهم ، فجرى القولان في حق المحجور عليه ، واضطرب **الأصحاب** في حق العاقلة .

فإن قيل : إذا كنا لا نقبل إقرار المحجور عليه ، [فلم][٣] نحلّفه ؟ قلنا : إقراره [غير][٤] مقبول بالاتفاق ، والتحليف تحقيق الإنكار ، وقد يستفيد [بحلفه][٥] انقطاعَ الخصومة عنه .

ثم إذا اقتضت هـٰذه/ المقدمات عرضَ اليمين عليه ، فللعرض **عاقبتان** : **إحداهما** ـ الحلف **والأخرىٰ** ـ النكول ـ فيبعد أن تثبت إحداهما دون الأخرىٰ ـ والوكيل بالخصومة ، كان من أهل الإنكار ، وقد يكون إنكاره سبباً لثبوت الحق ، إذا كان القاضي لا يقبل الشهادة إلا مترتباً علىٰ إنكارٍ مقبول ، [ولـٰكن لا نظر][٦] إلىٰ هـٰذا ، فإن قاعدة الخصومة الإنكار ، ثم ينشأ من نكول المحجور عليه التردد في أن يمين الرد هل تكون كالبينة أم لا ؟ ٢٠٨ ي

هـٰذا منتهى القول في ذلك ، وهو طرف لم نجد بداً من ذكره ، وأصلُه وقاعدتُه تأتي على الاستقصاء في الدعاوىٰ والبينات ـ إن شاء الله عز وجل ـ نعم ، إن قلنا : يمين الرد بمثابة الإقرار ، فتعرض اليمين على المحجور عليه عساه يحلف ، وإن نكل ، لم ترد اليمين على المدعي ، لأنه لا فائدة في الرد ؛ إذ لو حلف يمينَ الرد ، لم يستفد بها

(١) سقط من الأصل .
(٢) في الأصل : « وعلىٰ » .
(٣) في الأصل : « ولم » .
(٤) زيادة من المحقق ، حيث سقطت من النسختين .
(٥) في الأصل : « تحليفه » .
(٦) في الأصل : « ولا يطرد » .

شيئاً ، ثم إذا قلنا : لا ترد اليمين ، فهل [يحلف](١) المحجور عليه ؟ ما ذهب إليه **أهل التحقيق** أنه [لا يحلّف](٢) ، إذ لا يستفيد المدعي [بتحليفه](٣) فائدة ، فلا معنىٰ في تحليفه ؟ من **أصحابنا** من قال : الحق للمدعي ، فإن قنع بيمينه ، فلا معترض ، وإن لم يُرد تحليفَه ، فلا حرج عليه . والظاهر أنه إنما يحلف إذا قلنا : إنه يقبل إقراره ، أو قلنا : يمين الرد كالبينة ، فأما إذا لم يقبل إقراره ، ولم نجعل يمين الرد بمثابة البينة ، فالتحليف [ملغىٰ](٤) لا فائدة فيه ، ولا أصل له .

ثم ذكر **المزني**(٥) طرفاً من المحاجّة بين **الشافعي** **وأصحاب أبي حنيفة** في قاعدة القسامة ، ولسنا له .

* * *

---

(١) في الأصل : « يعرف » .
(٢) في الأصل : « يختلف » .
(٣) في الأصل : « تحليفه » .
(٤) في الأصل : « لمعنىٰ » .
(٥) ر. المختصر : ١٤٩/٥ .

باب
ما ينبغي للحاكم أن يفعله

قال الشافعي رضي الله عنه : « **وينبغي أن يقول : من قتل صاحبك. . . إلىٰ آخره** »[١] .

١٠٩٣١ـ مقصود هٰذا الباب فنٌّ واحد من الكلام ، وهو أن المدعي للقتل إذا أتىٰ بالدعوىٰ تامة متعلقة بمتعيّن مشتملة علىٰ كمال الوصف المرعي في الدعوىٰ ، فالدعوىٰ مسموعة ، [ومن الأوصاف][٢] المرعية بعد تعيين المدعىٰ عليه أن يذكر كون القتل عمداً أو خطأً ، وإن وصفه بكونه عمداً يذكر صفة العمد ، ويذكر انفراد المدعىٰ عليه بالقتل/ إن كان يدعي ذلك [فإذا صحت][٣] الدعوىٰ ، قبلها القاضي ، وبنىٰ عليها ما يقتضيه ترتيب الخصومة . ٢٠٨ ش

وإن لم يأت الخصم بدعوىٰ تامة ، ففي كلام **الشافعي** ما يدل علىٰ أن القاضي يستوصفه ، حتىٰ إذا قال : قُتل أبي ، يقول له : من قتله ؟ فإذا عين القاتلَ ، قال له : أقتل عمداً أو خطأً ؟ فإن ادعى العمدَ ، استوصفه ، فإن أحسن وصف العمد ، قال له : انفرد بالقتل ، أم يشاركه غيره ؟ فلا يزال يستفصل حتىٰ يُفضي إلىٰ دعوىٰ صحيحة .

وهٰذا في ظاهره تلقينُ الدعوىٰ ، وفي هٰذا إشكال ، فإن العقوبات على الدرء ، والمدافعةُ أليق بدرئها من الاستنطاق بالدعوى الشديدة التي قد تفضي بما بعدها إلىٰ ثبوت الدم .

١٠٩٣٢ـ وقد اضطرب **الأصحاب** في هٰذا ، فصار صائرون إلى الجريان على النص ، وقالوا : ما يذكره القاضي استفصال ، وليس تلقيناً ، وإنما التلقين أن يقول :

---

(١) ر . المختصر : ٥/١٤٩ .
(٢) زيادة من (هـ٢) .
(٣) في الأصل : « فاصحت » .

قل كذا وكذا ، والذي يوضح ذلك أنه إذا استفصل ، فقد يُفسد المدعي دعواه بتفصيله ، إذا لم يبيّن له وجه الصحة والفساد ، ولو لم يستفصل وأطلق المدعي الدعوىٰ ، فرَدُّ دعواه مع إمكان صحتها بعيدٌ .

هـٰذا مسلك .

وقال قائلون : إن لم يكن المدعي [غبيّاً][1] ، فلا يتعرض القاضي له حتىٰ يتم الدعوىٰ ، وإن كان غبيّاً ، فله أن يستفصل ، فإن غباوته لو ترك ، لانتصبت سبباً في إبطال حقه ؛ فإنه لا يدري ما تصح به الدعوىٰ ، فإذا ردت دعواه مطلقاً ، نبا[2] عن حقه ، وأفضىٰ رد الدعوىٰ إلىٰ نِفاره ، وإشكال الأمر عليه ، من حيث لا يدري محيصاً .

وقال قائلون من **أصحابنا** : ليس للقاضي أن يستفصل أصلاً . وهـٰذا يخالف النص ، فلا يعتد به .

وقال قائلون : إن أشار المدعي إلىٰ جمع فقال : قاتل أبي منهم ، فقال له القاضي : من قتله منهم ؟ وإن لم يكن كذلك لم يستفصل .

وكل ذلك خبطٌ ، والوجه الجريان على النص ، والدليل عليه أن صاحب الواقعة لو جاء مستفتياً ، وسأل عما تصح به الدعوىٰ ، فلا نغادر المعنىٰ بياناً وإن كان ذلك تلقيناً للدعوىٰ ، أو تعليماً لتصحيحها ، فهـٰذا ما يجب الجريان عليه .

ولـٰكن لا يليق بأدب القضاء أن يعلِّم [المدعي][3] كيفية الدعوىٰ بأن يقول : قل : كذا وكذا ، ولا يليق بمصلحة الحال أن يسكت حتىٰ يتخبط ، بل يستفصل ليعلَمَ ، لا ليعلِّم .

ولو ذكر المدعي أن القتل عمد ، فلما استوصفه القاضي العمدَ ، ذكر ما لا يكون عمداً ، [بطل دعواه في العمد ، وهل تبطل][4] دعواه في أصل القتل ؟ اختلف **أصحابنا**

---

(١) في الأصل : « غافلاً » . والمثبت من (هـ٢) .
(٢) نبا عن حقه : بعد عنه ، ولم يصل إليه .
(٣) في الأصل : « القاضي » . والمثبت من (هـ٢) .
(٤) زيادة من (هـ٢) سقطت في الأصل ، ومكانها « فتبطل » .

في المسألة/ : فمنهم من قال : بطلت دعواه [لتناقض القول فيها ، ومنهم من قال : دعواه][1] في أصل القتل مسموعة ؛ فإن التناقض جرىٰ في صفة القتل ، لا في أصله . ٢٠٩ ي

١٠٩٣٣ـ ومما يجب التعرض له في الدعوى اتحاد المدعىٰ عليه ، أو وقوع القتل [علىٰ][2] اشتراك ، فإن ذكر أنه قتل أباه وحده ، صحت الدعوىٰ ، وإن ذكر أنه يُشارك جماعةً ولم يحصرهم ، فإن كان المقصود المال ، لم تقبل الدعوىٰ ، وقد تقدّم ذكرُ هـٰذا ، وإن كان المقصود القصاص ، فالدعوىٰ مسموعة إذا ذكر أن المشتركين عامدون على الحد المعتبر [في العمد][3] الموجب للقود .

هـٰذا هو المذهب الصحيح .

ومن أصحابنا من لم يسمع الدعوىٰ ، وإن كان المقصود القصاص ؛ [فإن الأمر قد يؤول إلى المال . وهـٰذا الوجه ضعيف][4] ، وقد أوضحته من قبلُ ، وإذا جرى التحليف قبل صحة الدعوىٰ لسهوٍ من الحاكم ، فاليمين مردودة ، وإن أتىٰ في اليمين بما تصح الدعوىٰ به ؛ لأن صحة اليمين مشروطة بتقدم الدعوى الصحيحة ، وهـٰذا بيّن .

* * *

---

(١) ما بين المعقفين زيادة من (هـ٢) .
(٢) في الأصل : « إلىٰ » . والمثبت من (هـ٢) .
(٣) سقطت في الأصل .
(٤) زيادة من (هـ٢) .

باب
عدد الأيمان

قال الشافعي رضي الله عنه : « **ويحلف الورثة على قدر مواريثهم. . . إلىٰ آخره** »[١] .

١٠٩٣٤ـ إذا وقعت البداية بالمدعي في [أيمان][٢] القسامة ، فإن اتحد المدعي حلف خمسين يميناً ، وإن تعدد المدعون ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً ، قلّت حصته ، أو كثرت . **والقول الثاني** ـ أنا نوزّع عليهم خمسين يميناً ، وعلىٰ[٣] أقدار حصصهم في الدية لو ثبتت ، وهـٰذا هو الذي نص عليه **الشافعي** ، وفرّع مسائل الباب عليه .

توجيه القولين : من قال : يحلف كل واحد خمسين يميناً ، احتج بأن قال : لا يثبت الدم إلا بخمسين يميناً ، فلو حلف كل واحد بعضَ الأيمان ، لاستحق حصته بأيمان نفسه ، وأيمان صاحبه ، وهـٰذا بعيد في قواعد الخصومة ؛ فإن الإنسان لا يستحق بيمين غيره شيئاً ، والذي يحقق هـٰذا أنه لو نكل أصحابه ، لاحتاج إلىٰ أن يحلف خمسين يميناً ، ولا يكفيه في إثبات حصة نفسه أعداد من الأيمان دون الخمسين ، فإذا كان كذلك ، فأيمان الورثة أثبتت له إذاً مع أيمانه حصته ، [وهـٰذا خروج][٤] بالكلية عن القياس المرعي .

ومن قال : [نفُض][٥] الأيمان عليهم ، احتج بأن المدعي لو كان واحداً ، لكفت خمسين يميناً/ ، فإذا تعددوا ، فإضافة الاستحقاق إليهم ، كإضافته إلىٰ واحد . ش ٢٠٩

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٤٩ .
(٢) في الأصل : « إيجاب » .
(٣) كذا (بالواو) في النسختين ، ووجهها علىٰ تقدير تكرار الفعل (نوزع) .
(٤) زيادة ليست في الأصل . من (هـ٢) .
(٥) في الأصل : « بعض » .

وهـٰذا لا حاصل له ، والذي أعتقده علىٰ مبلغ إحاطتي بتصرف **الشافعي** أنه عوّل في هـٰذا على الحديث ، فإنه عليه السلام قال : « **تبرئكم اليهود بخمسين يميناً** » ، وهـٰذا يشعر بتعددهم مع اعتبار عدد الخمسين في جانبهم ، وقد نص **الشافعي** علىٰ تعدد الأيمان في جانب المدعىٰ عليه ، ولا تعلق بقوله : « **تحلفون خمسين يميناً** » ، فإن الوارث فيهم كان واحداً ، وإنما خاطبهم على الاعتياد . وعلىٰ حالٍ في الحديث تعلُّقٌ ، ومن [يزلّ][1] عنه ، لم يجد مضطرباً في المعنىٰ .

فإن قلنا : يحلف كل واحد خمسين يميناً ، فلا إشكال ولا تفريع .

١٠٩٣٥ـ وإنما تتفرع مسائل الباب على القول الثاني ، فلا عود إلى القول الأول .

فأول ما نذكره أن القتيل إذا خلّف ابنين مثلاً ، والتفريع علىٰ توزيع الأيْمان ، فيحلف كل واحد منهم خمساً وعشرين يميناً ، فإن نكل أحدهما ، وأراد الثاني أن يحلف ، فليحلف خمسين يميناً ، ثم لا يثبت إلا حصته . فإن أراد صاحبه أن يكتفىٰ بأيمانه ، ويطلب حصته ، لم يكن له ذلك ، وهـٰذا يُضعف هـٰذا القولَ ، كما نبهنا عليه .

ولو أراد قسمةَ اليمين ، [فجرّت القسمة كسراً][2] مثل أن يخلّف القتيل ابناً وبنتاً ، فالابن يحلف ثلثي الخمسين ، وثلثا الخمسين علىٰ تعديل الجزئية ثلاثة وثلاثون وثلث ، ولـٰكن اليمين لا تتبعض ، فلا بد من جبر الكسر ، ولا سبيل إلىٰ إسقاطه ؛ فيحلف الابن أربعة[3] وثلاثين يميناً والبنت يخصها من جهة التجزئة ستة عشرَ يميناً وثلثاً ؛ فتحلف سبعةَ عشرَ ، هـٰذا لا بد منه .

ولو كثر عدد الورثة فبلغوا مائة ، فلا بد من تحليف كل واحد منهم يميناً ، إذا استوت حصصهم .

---

(١) في الأصل : « بدل » .
(٢) في الأصل : « فجرىٰ في القسمة كسراً » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٣) المنصوص فيما رأيناه من كتب اللغة أن اليمين مؤنثة ، ولـٰكن ما رأيناه في المخطوط الجري على التأنيث حيناً ، والتذكير غالباً ، وقد اتفقت النسختان علىٰ ذلك ، ولذا آثرنا التنبيه وعدم التعديل .

ولو كان القتيل امرأة وقد خلفَها ابنٌ ، وزوجٌ ، فالزوج يخصه اثنا عشر يميناً ونصف فيحلف ثلاثة عشرَ يميناً ، والابن يخصه سبعة وثلاثون ونصف ، فيحلف ثمانية وثلاثين ، وعلىٰ هـٰذا البابُ وقياسُه .

والغرض الإحاطة بوجوب جبر الكسر الواقع في أعداد الأيمان إذا قسمت .

ولو كان الورثة جدّاً ، وأخاً لأبٍ وأمٍ ، وأختاً لأبٍ وأم ، فالمال بينهم من خمسة للجد سهمان ، وللأخ سهمان ، وللأخت سهم[1] فيحلف الجد [خُمُسَي][2] الأيمان ، وكذلك الأخ ، وتحلف الأخت خُمسَها .

ي ٢١٠ ولو كان في المسألة جد/ ، وأخت لأبٍ وأمٍّ ، وأخ لأب ، فهـٰذا من صور المعاداة والأخ [يفوز][3] فيه بالعشر ، هـٰكذا يقع تقدير القسمة بالمعاداة[4] ، وتكميل النصف

(١) هـٰذه المسألة من صور ميراث الجد مع الإخوة ، حيث لا أصحاب فروض معهم ، وحكمها أن الجد له الأحظ من مقاسمة الإخوة كأخ ذكر ، للذكر مثل حظ الأنثيين تعصيباً ، ومن ثلث التركة كلها فرضاً ، أي أن الجد يختار بين أن يقاسم الإخوة تعصيباً ، وبين الثلث فرضاً ، ويتقاسم الإخوة فيما يبقىٰ (بعد ثلث الجد) إن اختار الجد ذلك . وطبعاً الجد يختار الأحظّ له .
وفي هـٰذه الصورة نجد أن الأحظ للجد هو المقاسمة ، فيصير للجد سهمان ، وللأخ سهمان ، وللأخت سهم : للذكر مثل حظ الأنثيين .
وصورة المسألة بالحساب هـٰكذا جد أخ شقيق أخت شقيقة = الأصل .
٢ ٢ ١ = ٥

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) في الأصل : « يعود » . والمثبت من (هـ٢) .

(٤) المعاداة والمعادة : بمعنى احد ، وهي من اصطلاحات علماء الفرائض في ميراث الجد مع الإخوة ، ويعنون بالمعاداة أن الإخوة الأشقاء يعادون الجد بالإخوة لأب ، فيعدونهم ويحسبونهم على الجد ، ويثبتون لهم نصيباً ، ثم يعود الأشقاء فيأخذون هـٰذا من الإخوة لأب ، ويحجبونهم .
والفقه في ذلك هو أن مناط إرث الجد والإخوة هو الإدلاء بالأب ، فالجد يدلي به إلى الميت ، وكذلك الأشقاء والإخوة لأب ، فكلهم يدلون إلى الميت بالأب ، ويتساوَوْن في القرابة ، ولذلك يثبت للإخوة لأب نصيبُهم ، حيث يثبت للأشقاء نصيبُهم ، ويأخذون حكمهم .
ولـٰكن يعود الإخوة الأشقاء ـ بعد أن يعدّوا الإخوة لأب على الجد ـ إلى القاعدة العامة في الحجب فيحجبون الإخوة لأب وينتزعون منهم ما ثبت لهم ، مثال ذلك : إذا كان في المسألة :
=

للأخت بعد تقدير القسمة للذكر مثل حظ الأنثيين ، فتقع القسمة من عشرة للجد خمسان : أربعة ، وللأخت النصف : خمسة ، وللأخ سهم ، فيحلف الجد خُمْسي الأيمان ، والأخ نصفَها والأخ عشرها ؛ فإن الأيمان توزع علىٰ نسبة القسمة التي تستقر بها الحصص ، ولا تقع الأيمان علىٰ تقدير القسمة أولاً .

١٠٩٣٦ـ فلو كان في الورثة خنثىٰ فيحلف كل واحد من الورثة علىٰ أكثر ما يتوهّم [أنه يستحقه][(١)] من الدية ، ويعطىٰ أقل ما يتوهم أنه يستحق منها ؛ أخذاً بالاحتياط في [البابين][(٢)] .

وبيان هـٰذا بالأمثلة أنه لو خلّف القتيل ولداً خنثىٰ ، وأخاً من أب ، فيحلف الخنثىٰ خمسين يميناً ، لاحتمال أن يبين ذكراً ، ويعطىٰ نصف الدية ؛ لاحتمال أن يكون أنثىٰ ، والأخ لا توجه عليه اليمين ، ولـٰكن الخيار إليه ، فإن حلف خمسة وعشرين يميناً في الحال ، وقفنا نصف الدية ، فإن [بان][(٣)] الخنثىٰ ذكراً أخذه بالأيمان السابقة ، والأخ ساقط ، وإن [بان][(٣)] الخنثىٰ أنثىٰ ، أخذ الأخ النصف [الموقوف بالأيمان التي

= جد وأخ شقيق ، وأخت لأب ، فالأحظ للجد المقاسمة ، فيكون للجد سهمان ، وللأخ الشقيق سهمان ، وللأخت للأب سهم ، هـٰذا بالمعادة ، ثم يعود الأخ الشقيق فينزع من الأخت للأب سهماً (لأنه يحجبها) فتصبح الأسهم : اثنان للجد ، وثلاثة للأخ الشقيق . (ر . فريضة الله في الميراث والوصية ـ للمحقق : ص٩٧ـ١٢٠) وفي المسألة التي معنا يكون للأب سهمان ، وللأخت الشقيقة سهم ، وللأخ لأب سهمان ، فتصح المسألة من خمسة ، ثم تعود الأخت الشقيقة لتأخذ من الأخ لأب ما يكمل نصيبها إلى النصف ، لأنها لا تحجب الأخ لأب ، ولذا تستكمل نصيبها نصف المال ، فنصحّح المسألة ، فتصير الأسهم عشرة للجد خمساها ـ كما كان لا يتغير ـ ٤ أسهم ، وللأخت نصف المال : ٥ ، فيبقىٰ للأخ لأب سهم . وصورتها بالحساب هـٰكذا :

	جد	أخت شقيقة	أخ لأب	
	٢	١	٢	الأصل الذي تصح منه : ٥
تستوفي الأخت نصف المال :	٤	٥	١	الأصل المصحح : ١٠ .

(١) زيادة ليست في الأصل .
(٢) في الأصل : « الناس » .
(٣) في الأصل في الموضعين (كان) ومثلها (هـ٢) . والمثبت من المحقق .

سبقت ، ولا يحتاج إلىٰ إعادة يمين . هٰذا إن أراد الأخ أن يحلف ، فإن لم يرد أن يحلف ، لم ينزع نصف الدية من مال المدعىٰ عليه ؛ فإذاً الوقف ثابت في نصف الدية ، ولٰكن إن حلف الأخ خمسة وعشرين يميناً أخذ ذلك النصف][1] ، ووُقف ، وإن لم يحلف ، لم يؤخذ ذلك النصف .

فإن قيل : [هلا][2] قلتم : يؤخذ النصف بأيمان الولد الخنثىٰ ، فإنه حلف خمسين يميناً ، قلنا : يجوز أن يكون أنثىٰ وإنما حلف خمسة وعشرين يميناً بحق ، والباقي فضلةٌ منه غير معتد بها ، وانتزاع المال من يده لا يثبت إلا بحجة ، وإنما يعلم قيام الخمسين يميناً حجة في الواقعة إذا حلف الأخ خمسة وعشرين . فإن قيل : فلو حلف الخنثىٰ خمسة وعشرين ، وحلف الأخ خمسة وعشرين ، فاكتفوا بهٰذا ؟ قلنا : قد يكون الخنثىٰ ذكراً ، فتقع أيمان الأخ لاغية ، ووضوح ذلك يغني عن بسطه .

ولو كان الوارث ابناً ، وولداً خنثىٰ ، حلف الابن ثلثي الأيمان لاحتمال كون الخنثىٰ أنثىٰ ، وأخذ نصف الدية لاحتمال أن يكون الخنثىٰ ذكراً ، وحلف الخنثىٰ نصف الأيمان لاحتمال كونه ذكراً ، وأخذ ثلث الدية ويوقف السدس الباقي . وإذا حلف الابن الثلثين والخنثى النصف ، فينتزع السدس في هٰذه الصورة من يد المدعىٰ عليه ، ونقفه ، لأن الأيمان تمت على المدّعَىٰ[3]/ ، وهٰذا السدس موقوف بين [الابن][4] وبين الخنثىٰ . ش ٢١٠

فإن كان في المسألة خنثيان ، وأخ من أب ، حلف كل واحد منهما ثلثي الأيمان لاحتمال أن يكون ذكراً وصاحبه أنثىٰ ، ويعطيان ثلثي الدية لاحتمال أن يكونا أنثيين ، والعصبة[5] بالخيار بين أن يحلف ثلث الأيمان في الحال وبين أن يؤخر إلىٰ أن يبين

(١) ما بين المعقفين سقط في الأصل ، وهو موجود في (هـ٢) .
(٢) في الأصل : « فهلا » .
(٣) المدّعَىٰ : أي المطلوب الذي يدعيه كل منهما ، فالابن يدعي الثلثين وأنوثة الخنثىٰ ، والخنثىٰ يدعي النصفَ والذكورة .
(٤) في النسختين : « الأنثىٰ » . والمثبت تصرف من المحقق ، نرجو أن يكون هو الصواب .
(٥) العصبة : أي الأخ لأب .

[أمرهما][١] ، فإن حلف في الحال ، انتزعنا الثلث الباقي من يد المدعىٰ عليه ، ووقفناه بين الخنثيين والعصبة ، فإن بانا أنثيين دُفع إلى الأخ ، وإن بانا ذكرين ، دفع إليهما ، وإن بان أحدهما ذكراً والآخر أنثىٰ ، دفع إلى الذكر منهما .

وإن لم يحلف الأخ في الحال [وأخر][٢] ، لم يؤخذ الثلث من المدعىٰ عليه ، لاحتمال أن يكون المستحق هو الأخ ، ولم يحلف ، فلا نزيل يدَ المدعىٰ عليه عن طائفة من ماله من غير يمين مستحقة .

١٠٩٣٧ـ ولو كان في المسألة ولد خنثىٰ ، وبنت ، حلف الخنثىٰ ثلثي الأيمان وأخذ ثلث الدية ، وحلفت البنت نصف الأيمان وأخذت ثلث الدية ، ووقف الثلث الباقي ، وإنما يحلف الخنثى الثلثين أخذاً بتقدير الذكورة ، وتحلف البنت النصف لجواز أن يكون الخنثىٰ أنثىٰ ، ولو كان كذلك ، فالثلثان لهما والباقي لبيت المال[٣] ، ثم إذا أرادتا أن تقسما ، حلفتا خمسين يميناً ، فإن القسامة في حصة بيت المال محال ـ فلو قتل رجل قَتْلَ لوث وليس له وارث خاص ، فلا وجه إلا تحليف المدعىٰ عليه ، وإقامة الخصومة علىٰ ترتيب سائر الخصومات ـ وإذا كان كذلك ، فنقدّر الخنثىٰ أنثىٰ ، وتحلف البنت علىٰ هـٰذا التقدير نصفَ الأيمان ، ثم تستحق الثلث .

فإن قيل : كيف تحلف النصف وتستحق الثلث ؟ قلنا : لو نكل الخنثىٰ ، لحلّفنا البنت خمسين يميناً ، ولا تستحق من حصتها شيئاً ـ والحالة هـٰكذا ـ ما لم تحلف خمسين يميناً ، فكذلك تحلف خمسة وعشرين تكميلاً للأيمان المعتبرة ، ويحلف الخنثىٰ ثلثي الأيمان ، وأما الثلث الباقي ، فلا ينتزع من يد المدعىٰ عليه ، فإن ذلك

---

(١) في الأصل : « أمرها » ، وكذا في (هـ٢) .

(٢) في الأصل : « وأخذ » . والمثبت من (هـ٢) .

(٣) هـٰذا ـ كما هو معروف ـ علىٰ مذهب الشافعية بعدم الرد في الميراث ، ومثلهم المالكية ، ويشترط الشافعية في الرد إلىٰ بيت المال أن يكون منتظماً ، وقد قال متأخرو المالكية بهـٰذا الشرط أيضاً ، فإن لم يتحقق الشرط بانتظام بيت المال ، قالوا بما قال به الحنابلة والأحناف ، وهو الردّ علىٰ أصحاب الفروض ما عدا الزوجين ، فإن لم يكونوا ردّوا علىٰ ذوي الأرحام ، ثم من بعدهم الردّ على الزوجين ثم من بعدهم الردّ على المقرّ له بنسب حملاً على الغير . . . إلىٰ تفاصيل تطلب في مظانها .

الثلث لم يتحقق استحقاقه من الولدين ، وبيت المال لا يتصور أن ينوب عنه حالف .

١٠٩٣٨ـ ولو قُتل رجل ، وله ثلاثة من البنين : بالغ حاضر ، وصغير حاضر ، وبالغ غائب ، فالبالغ الحاضر إن أراد حلف في الحال خمسين يميناً ، ويعطىٰ ثلث الدية ، ولا يُنتظر في إثبات حقه بلوغُ الصغير ، ورجوعُ الغائب/ ؛ فإن تأخير اليمين ي ٢١١ منهما ينزل منزلةَ نكول بعض الورثة ، ولو نكل بعض الورثة ، فللبعض أن يُثبت حصة نفسه ، وسبيل إثباته حصة نفسه أن يحلف خمسين يميناً ، كذلك إذا كان التأخّر بالصغر في أخ وبالغيبة في أخٍ .

ثم إذا رجع الغائب ، فإذا كان يحلف ، حلف نصف الأيمان واستحق ثلث الدية ، وجعل كما لو كان حاضراً مع أخيه ، ولو كان كذلك ، لحلف كل واحد منهما خمسة وعشرين يميناً ، والأيمان في الأخ الأول اشترطنا فيها كمالاً [لتكمل][1] حالة الحلف ، ولما حضر الثاني وأيمانه مسبوقة بأيمان أخيه ، فيبتني الأمرُ علىٰ رغبتهما في اليمين ونكول الصغير .

فإذا بلغ الصبي ، حلف ثلث الأيمان ، واستحق ثلث الدية . ولو صبر الأول حتىٰ يرجع الغائب ويبلغ الصبي ، فيحلفون خمسين يميناً أثلاثاً مع جبر الكسر والجبر يقتضي مزيداً على العدد ، ولهـٰذا نظير في [الشفعة][2] ، فإذا ثبت في الشقص المشفوع حق الشفعة لثلاثة ، فحضر واحدٌ منهم أخذ الجميع باليمين ، ثم لا يخفىٰ تفصيل المذهب لو حضر الباقيان .

وإنما غرضنا أبداً [التناظر][3] .

١٠٩٣٩ـ ولو كان في المسألة : جد ، وأخت لأبٍ وأم ، وخنثىٰ هو أخ من أب ، أو أخت من أب ، فنقول : لو كانت الخنثىٰ أنثىٰ لم يخلص إليها من التركة شيء ، ولو كان ذكراً ، لاستحق عُشر المال ، والأخت من الأب والأم في التقديرات كلها تستحق

---

(١) في (هـ٢) : « كمال التفرد حالة » .
(٢) في الأصل : « الشفقة به » .
(٣) في الأصل : « النظر » .

نصف المال ؛ لمكان المعادة ، والجد استحق النصف لو كان الخنثىٰ أنثىٰ ، ويستحق أربعة من عشرة لو كان ذكراً ، فإذا أثبتت هـٰذه التقديرات ، [فالتحليف][(١)] يجرىٰ على الأخذ بالأكثر ، ثم لا يسلّم من المال إلا الأقلُّ المستيقن .

ثم الخنثىٰ في هـٰذه المسألة[(٢)] لا يخلو إما أن يحلف ، أو لا يختار الحلف ، فإن اختار الحلف ، حلف عُشرَ الأيمان ، وحلفت الأخت نصفَ الأيمان ، وحلف الجد نصف الأيمان ، وهـٰذا خارج على الأصول التي مهدناها ؛ فإن أقصىٰ ما نفرض على الجد خمسة وعشرين يميناً ، ولا مزيد في حق الخنثىٰ على العُشر بتقدير الذكورة ، والأخت لا يتصور في حقها تقدير يقتضي أكثر من نصف الأيمان ، مع حلف هـٰذا الخنثىٰ .

وفي هـٰذا احتياج إلىٰ فضل بيان وسنذكره الآن ، فإن لم يحلف الخنثى/ ، فنقول الجد يحلف خمسة وعشرين يميناً ، كما ذكرناه ، ويأخذ أربعة أعشار الدية ، وإنما حلفناه أكثر مما يأخذ لجواز أن يكون هو مستحق النصف ، والأيمان تبنىٰ على الأكثر ، وأما الأخت ، فينبغي أن تحلف عند نكول الخنثىٰ خمسة أتساع الأيمان ؛ فإنا لو قدرنا ٢١١ ش

---

(١) في النسختين : « بالتحليف » .

(٢) صورة هـٰذه المسألة بالحساب هـٰكذا :

جد	أخت شقيقة	أخ لأب خنثىٰ (علىٰ تقدير الذكورة)
٢	١	٢ تصح من : ٥ (أصلها الأول)
٤	٥	١ تستكمل الشقيقة نصف المال فتصح من : ١٠ (أصلها المصحح)

جد	أخت شقيقة	أخت لأب (علىٰ تقدير أنوثة الخنثىٰ)
٢	١	١ تصح من : ٤ (أصلها الأول)
٢	٢	لا شيء ـ تستكمل الشقيقة نصف المال بالمعاداة ، فتصح المسألة من : ٤ أيضاً .

فأقصىٰ ما يأخذه الجد النصف ، وأقصىٰ ما تأخذه الشقيقة النصف ، وأقصىٰ ما يأخذه الخنثى العشر .

وأقل ما يناله الجد خمسان ، والشقيقة النصف أبداً .

أخاً من أب على التحقيق ، وجدّاً ، وأختاً من أب وأم ، ثم فرضنا نكول الأخ عن اليمين ، لكان الجد في هـٰذه الحالة مع البيان يحلف أربعة أتساع الأيمان ؛ فإن الأمر بيّن ، وكانت الأخت تحلف خمسة أتساع الأيمان ، وإن زادت أيمانها علىٰ ما تأخذ ، فلا مبالاة بذلك ، مع ما قدرناه من الأخذ بالأكثر في باب الأيمان .

فإذا كان هـٰذا التصوير يقتضي أن تحلف الأخت خمسة أتساع اليمين ، فإذا نكل [الخنثىٰ][1] فنأخذ بالأكثر في الأيمان ، وذلك بأن نقدره أخاً ناكلاً ، ولو كان كذلك ، لكان الحساب يقتضي أن يكون حَلْف الأخت والجد علىٰ نسبة ما يأخذان والنسبة بالأتساع ، والأخذ بالأكثر في الأيمان [يوجب][2] أن نحلفها خمسة أتساع الأيمان ، ثم لا تأخذ إلا نصف المال . .

فانتظم من هـٰذا أن الخنثىٰ إذا لم يحلف ، حلفت الأخت خمسة أتساع خمسين يميناً مع جبر الكسر ، ويحلف الجد نصف الأيمان .

فإن قيل : لم اكتفيتم إذا حلف الخنثىٰ بنصف الأيمان من الأخت ؟ قلنا : لأن الخنثىٰ إذا حلف لم يخل إما أن يكون أنثىٰ أو ذكراً ، وعلى التقديرين لا يخص الأخت من قسمة الأيمان أكثر من النصف ، [وكذا][3] ينشأ حساب الأتساع عند تقدير نكول الأخ عن الأيمان . هـٰذا بيان هـٰذه المسألة .

ورأيت في الطرق خبطاً هو محمول على الزلل الذي يأتي [من][4] قلة الفكر ، [ومثل][5] ذلك لا يعتد به غلطاً أيضاً مع الاتفاق علىٰ أصلين : **أحدهما** ـ رعاية الأكثر في الأيمان ، والآخر رعاية الأقل في الأنصباء .

١٠٩٤٠ـ وذكر **الشيخ أبو علي** في المسألة الأخيرة المشتملة علىٰ ذكرِ الخنثىٰ أن الخنثىٰ لا يحلف في هـٰذه المسألة ، ولو حلف لم يقع الاعتداد بأيمانه ، واعتلّ

---

(١) زيادة من (هـ٢) .
(٢) في الأصل : « يجوز » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٣) في (هـ٢) وإنما .
(٤) في النسختين « في » ، والمثبت من المحقق .
(٥) في الأصل : « وقبل » . والمثبت من (هـ٢) .

[بأنّا][١] نجوّز أن يكون محروماً[٢] غير مستحق ، والأيمان الصادرة منه علىٰ هـٰذا التقدير مردودة .

وهـٰذا الوجه متجه ، ولـٰكنه [يكرّ][٣] علىٰ معظم ما ذكرناه بالهدم ، وبيان وجهه أن الأيمان من غير دعوىٰ مردودة/ ، والدعوىٰ مع الإشكال محال . فهـٰذا وجهٌ ظاهر ، ٢١٢ ي [وكان][٤] يجب علىٰ موجبه أن نقول : لو كان في المسألة ولد خنثىٰ وعصبة ، فالعصبة لا تحلف ؛ لأنا لم نعلم له استحقاقاً ، فلا تصح دعواه ، ولا بد من تخريج هـٰذا الوجه في العصبة وهو إذاً وجهٌ منقاس مطرد في كل من لا نعلم له استحقاقاً .

ويرد سؤال آخر وفي الجواب عنه تمام الغرض ، وهو أن قائلاً لو قال : حلّفتم الجد في هـٰذه المسألة خمسةً وعشرين يميناً ، ثم لم تسلموا إليه إلا أربعة أعشار المال ، فدعواه إلىٰ تمام النصف مردودة ، ثم لو بان الخنثىٰ أخاً ، أخذ الباقي ، واحتسب بتلك الأيمانِ التي تقابل تكميلَ النصف ، فهـٰذه الأيمان إلىٰ تتمة النصف غيرُ مرتبة علىٰ دعوى ؟

قلنا : نعم هـٰذا مقام يجب الاعتناء بدركه وفهمه [وقد تقرّر][٥] أنا نزيد الأيمان لإثبات المستحق في بعض الصور ، وقد يحلف الإنسان خمسين [يميناً][٦] ويستحق عُشراً ، فهـٰذه الأيمان صحت لإثبات القدر المستيقن ، فإذا [بان مزيد][٧] في الاستحقاق ، كفت تلك الأيمان الصحيحة .

---

(١) في الأصل : « فإذا » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٢) محروماً : أي إذا بان أنثىٰ (أخت الأب) فتأخذ الشقيقة كل سهمها ليكتمل لها النصف ، فالمسألة من أربعة : اثنان للجد ، وواحد للشقيقة ، وواحد للأخت لأب (بتقدير أنوثة الخنثىٰ) ، ثم تعود الشقيقة لتستكمل نصيبها النصف ، فتأخذ نصيب الأخت لأب ، فيكون الخنثىٰ في هـٰذه الحالة غيرَ مستحق للإرث ، فليس له أن يدعي إذاً . هـٰذا هو الإشكال الذي ذكره الشيخ أبو علي .
(٣) في الأصل : « يعلم » . وهـ٢ : يعكر ، والمثبت من المحقق .
(٤) في النسختين : « ولـٰكن » .
(٥) في الأصل : « قد تقدر » . والمثبت من (هـ٢) .
(٦) زيادة من المحقق .
(٧) في الأصل : « كانت مزيداً » وفي هـ٢ : بانت مزيداً ، والمثبت من المحقق .

ومن لطيف القول في هـٰذا أن تلك الأيمان الزائدة لا تفتقر إلىٰ دعوىٰ علىٰ قدرها من المال الذي [ثبت في المآل][(١)] .

١٠٩٤١ـ ونحن نبيّن صورة أخرىٰ لبيان هـٰذا الذي انتهينا إليه ، فنقول : خلف القتيل ولداً [خنثىٰ][(٢)] ، فالجواب أنه يحلف خمسين يميناً ، ويستحق نصف المال ، فلو [بان][(٣)] ذكراً ، أخذ النصف الباقي ، [بلا][(٤)] مزيد .

ولو قيل هـٰذه المسألة [عديمة][(٥)] [النظير][(٦)] في الدعاوىٰ ، لم يكن هـٰذا القولُ مجازفةً ؛ فإن الأيمان صحت لغرضٍ آخر ، ثم تبين الاستحقاق ، فيكفي ما تقدم ، والسبب فيه أن القتل ثبت بالخمسين ، وأتبعنا بعض الأيمان البعضَ ، ولهـٰذا لا يتصور ثبوت القتل إلا بالخمسين ، [فهـٰذا نهاية البيان][(٧)] في هـٰذه الأصول .

وعندي أن بعض هـٰذا الاضطراب إنما أتىٰ [من][(٨)] التفريع علىٰ قولٍ لا أصل له في القياس ، والتفاريع إنما تنتظم في سلك المقاييس ، فإذا لم يستقم الأصل على القياس ، اختبط التفريع .

١٠٩٤٢ـ ثم قال : « ومن مات من الورثة قبل أن يُقسم قام ورثته مقامه. . . إلىٰ آخره »[(٩)] .

إذا قتل رجل وله ابنان ـ والتفريع علىٰ قول التوزيع ـ فيحلف كل واحد منهما خمساً وعشرين يميناً ، فلو مات/ أحد الابنين عن ابنين قبل جريان الإقسام ، قام ابناه مقامه ، ش ٢١٢ ووزعنا عليهما خمسة وعشرين من العدد ، فيحلف كل واحد منهما مع جبر الكسر ثلاثةَ

(١) في الأصل : « في بيت المال » .
(٢) في الأصل : « أنثىٰ » . والمثبت من (هـ٢) .
(٣) في الأصل : « كان » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٤) في الأصل : « فلا » .
(٥) في الأصل : « عليه تتمة » والمثبت من (هـ٢) .
(٦) في النسختين : « النظر » .
(٧) في الأصل : « فهـٰذا بمثابة النيابة في هـٰذه الأصول » .
(٨) في النسختين « في » .
(٩) ر . المختصر : ٥/ ١٥١ .

عشرَ يميناً ، ولو مات أحد [الحافدين][(١)] قبل الحلف [عن ابنين][(٢)] قاما مقامه في ثلاثة عشر مع جبر الكسر ، فيحلف كل واحد منهما سبعة ، وهـٰذا قياسٌ واضح ، لا غموض فيه .

١٠٩٤٣ـ ومما يليق بتمام البيان أن القتيل إذا خلف وارثاً واحداً مستغرقاً ، فأقسم خمسين [يميناً][(٣)] ، ثم مات ، فالدية لورثته ، ولو نكل هو عن أيمان القسامة بعد التعرض لها ، ثم مات ، لم يكن لورثته أن يقسموا ؛ فإن حق القسامة بطل بنكوله ، وورثتُه ليسوا أصلاء ، وإنما لهم الخلافة ، فإذا بطل الأصل ، فقد انقطعت الخلافة وتقديرها .

١٠٩٤٤ـ ولو حلف وارث القتيل بعضَ الأيمان ، ومات في خلالها قبل أن يستكملها ، فالذي قطع به أئمة المذهب أنه ليس للورثة أن يبنوا [علىٰ أيمانه ، بل يستأنفون][(٤)] خمسين يميناً ، لأن الأيمان الخمسين في حكم اليمين الواحدة ، فإذا انقطعت بموت الأول ، بطل حكمها .

وذكر الشيخ أبو علي أنه رأىٰ في مكتوب عن الشيخ الخِضْري أن الورثة يبنون علىٰ تلك الأيمان ، وهـٰذا وإن كان بعيداً في الحكاية ، فله وجهٌ مأخوذ من الخلافة ، وهو منطبق على التوزيع ، ويمكن تخريجه علىٰ بناء حَوْل الوارث علىٰ حَوْل الموروث ، وفيه قولٌ [بعيد .

١٠٩٤٥ـ ولو حلف][(٥)] المقسِم بعضَ الأيمان وغُلب علىٰ عقله وجُنّ في خلال الأيمان ، ثم أفاق ، فقد قال الأصحاب : له البناء ؛ لأنه إنما يبني علىٰ أيمان نفسه .

وفي هـٰذا تدبر ينبني علىٰ تمهيد أصلٍ ، وهو أن المقسم لو أتىٰ بالأيمان في مجالس

---

(١) في الأصل : « الحاضرين » . والمثبت من (هـ٢) .
(٢) سقطت من النسختين .
(٣) الزيادة من (هـ٢) .
(٤) في الأصل : « علىٰ أن يبنوا علىٰ أيمانه ، بل نقول خمسين يميناً » . والمثبت من (هـ٢) .
(٥) في الأصل : « العبد فلو حلف » . والمثبت من (هـ٢) .

أو مجلسين ، فقد ذكر القاضي في ذلك وجهين ، وأجرىٰ مثلهما في [تفريق][1] كَلِم اللعان ، ووجْهُ التجويز بيّن ، ووجه المنع [أن الغرض][2] من تعديد الأيمان التشديدُ والتغليظُ [والزجرُ][3] عن الإقدام عليها لا علىٰ وجه الصدق ، ويعظم وقعها إذا توالت . وإذا تفرقت في المجالس ، لم تكن علىٰ حدّها في إفادة الرجوع والزجر ، وكذلك القول في اللعان ، ولعل تواصل الزمان مع اتّحاد المجلس يدخل في هـٰذا التردد ، بل هو أولىٰ بالاعتبار ، فإنه لو كان يحلف أيماناً ويخرج ويعود على الفور وقُرْب العهد ، فأثر الردع لا يسقط/ ، ولو تطاول الزمن وتخللت الفصول ، ظهر سقوط الأثر . ي ٢١٣

وإذا فهم الناظر المقصود ، لم يخف عليه التفريع .

ونعود إلىٰ طريان الجنون ، فنقول : إذا طرى الجنون ، وزال ، خرج هـٰذا على التفرق الذي ذكرناه من التردد .

١٠٩٤٦ـ ولو حلف المقسم بعض الأيمان ، فعُزل ذلك القاضي الذي ارتفعت الخصومة إلىٰ مجلسه ، وولي آخر ، فعليه أن يستأنف الخمسين في مجلس هـٰذا الصارف ، [ولا يبني على الأيمان التي جرت في مجلس المصروف][4] ؛ فإن هـٰذا المولّىٰ لا يحكمْ إلا بما جرىٰ في زمن ولايته ، ورأيت **الأصحاب** متفقين علىٰ هـٰذا ، ووجهه بيّن .

* * *

---

(١) في الأصل : « تقرير » ، وسقطت من (هـ٢) .
(٢) سقطت من الأصل .
(٣) في الأصل : « والوجد » .
(٤) زيادة من (هـ٢) .

باب
ما يسقط القسامة

قال الشافعي رضي الله عنه : « **ولو ادعىٰ أحد الابنين علىٰ رجل من أهل هـٰذه المَحِلة . . . إلىٰ آخره** »[١] .

١٠٩٤٧ــ مضمون الباب ليس يفي بترجمته ؛ فإن ما يُسقط القسامةَ كثير ، وقد تقدم فيما نفينا وأثبتنا معظمُ ما يؤثر في القسامة ، ومقصود الباب أصل واحد ، وهو بيان الحكم في تكاذب الوليين أو الأولياء في ظهور اللوث بالجهات التي ذكرناها ، وأنه هل يؤثر في إبطال القسامة . هـٰذا غرض الباب .

ثم تمام بيانه يقتضي تفريعَ مسائل الصورة الأولى التي ذكرناها : إن القتيل إذا خلّف ابنين ، أو أخوين ، فقال أحدهما : إن فلاناً قتل موروثي وحده ، وقال الآخر : ما قتله فلانٌ [هـٰذا][٢] ، هـٰذا تكاذبهما ، وقد قيد **الشافعي** كلامه بلفظٍ ، فقال : « **وقال الآخر ـ [وهو عدل][٣] ـ ما قتله** » .

وما يناط بالتكاذب لا يختلف بكون المكذب عدلاً أو خارجاً عن العدالة ، ولـٰكن قال **الأصحاب** : أراد بالعدل أن يكون المكذِّب من أهل القول ، فلا يكون صغيراً ولا مجنوناً .

وهـٰذا التأويل سخيف عندي ، ولـٰكن غالب الظن أنه لم يجر شرطاً ، وإنما ذكره فرضاً للكلام في أظهر الصور ؛ فإن غرضه أن يبيّن أن التكذيب يوهي أثر اللوث ويثير خلافَ المظنون المتلقَّىٰ من اللوث المطلق . ومن أراد تقرير مذهبٍ قد [يفرض][٤]

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٥٠ .
(٢) سقط من النسختين .
(٣) زيادة من (هـ٢) .
(٤) في الأصل : « يظهر » ، والمثبت من (هـ٢) .

الكلام في أظهر الصور ، فالصورة إذاً كما ذكرنا : رجل قُتل وله ابنان ادعىٰ أحدهما علىٰ واحد/ أنه قتله ، وكذبه أخوه ، وقال : ما قتله أو [كان][(١)] هو غائباً عن المَحِلّة يوم قُتل [أبونا][(٢)] ، أو قال : بل قتله فلان وحده ، وذكر رجلاً آخر ، فهـٰذا هو التكاذب والتجاحد .

ش ٢١٣

١٠٩٤٨ـ وقد اختلف قول **الشافعي** رضي الله عنه في ذلك ، فقال في أحد القولين : تبطل القسامة بالتكاذب ؛ لأن مستندها الغلبة على الظن عند وجود اللوث ، وقد وَهَى الظن بتكاذب الوليين ؛ إذ لو كان من يدعي أن فلاناً قَتَل صادقاً ، لأوشك ألا يكذبه أخوه . وقال في القول الثاني : لا تبطل القسامة بهـٰذا ، فإن اللوث قائم ، وللأولياء في التكاذب أغراض ، واليمين مع الشاهد إنما تسمع [للتقوِّي][(٣)] بالشاهد ، ثم لو ادعىٰ أحد الابنين دَيْناً للموروث ، وأقام عليه شاهداً ، فكذبه أخوه ، فللمدعي أن يحلف مع الشاهد ، واللوث في اقتضاء البداية بيمين المدعي كالشاهد الواحد فيما يثبت بالشاهد واليمين ، وهـٰذا [اختيار **المزني** .

فإن قلنا : تبطل القسامة ، فلا يُقسم المدعي ، كما لا يقسم المكذب ، وإن قلنا :][(٤)] التكاذب لا يمنع القسامة ، فإذا ادعىٰ أحدهما أن فلاناً قتل أباه ، وقال الثاني : ما قتله ، فللمدعي أن يقسم خمسين يميناً ، ويستحق على المدعىٰ عليه نصفَ الدية إذا آل الأمر إلى المال ، ولو كان القتل المدّعىٰ قتلَ قودٍ ، فليس للمدعي طلبُ القصاص ؛ فإن القصاص إذا ثبت مشتركاً ، لم يكن لبعض الشركاء الانفرادُ بطلبه واستيفائه ، بل إذا عفا بعضهم ، سقط حقُّ الباقين ، وكذلك إذا أنكر وجوبَ القصاص .

١٠٩٤٩ـ ولو ادعىٰ أحدهما علىٰ رجل اسمه زيد ، وقال : قتل هـٰذا أبانا ، ورجل آخر معه لا أعرفه ، فقال الآخر : قتل أبانا عمرو ، ورجل آخر لا أعرفه ، فلا تكاذب

---

(١) في الأصل : « قال » . والمثبت من (هـ٢) .
(٢) غير مقروءة بالأصل . والمثبت من (هـ٢) .
(٣) في الأصل : « بالتقوّي » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٤) زيادة من (هـ٢) .

في هٰذه الصورة بينهما لجواز أن يكون ما جهله كل واحد منهما هو الذي [عرفه][(١)] صاحبه ، ونحن لا نشترط علىٰ هٰذا القول ـ وهو بطلان القسامة بالتكاذب ـ [التوافق][(٢)] بينهما على التحقيق ، بل نكتفي بأن لا يتجاحدا .

والسبب فيه أن التصريح بالتكاذب يوهي اللوث ، فأما الجهل بمن يشارك في القتل لا[(٣)] يضعف اللوث ، فإذا ثبت أن القسامة تجري في الصورة التي ذكرناها ، فيحلف كل واحد منهما علىٰ من عيّنه خمسين يميناً ويستحق عليه ربعَ الدية ؛ لأنه مقرٌّ بأن صاحبه شريك في المستحَق علىٰ هٰذا [المعين][(٤)] ، وقد ذكر أنه لم يكن منفرداً بالقتل ، فعلى المعيَّن بزعمه نصف الدية ، وحصته من النصف الربعُ .

ولو قال أحدهما : قتل أبانا زيدٌ هٰذا ، ورجل آخر معه ، لا أعرفه ، ولٰكني/ ٢١٤ ي أعرف أنه ليس عمراً ، وقال [الآخر : قتل][(٥)] أبانا عمرو ، ورجل آخر لا أعرفه ، وأعلم أنه ليس زيداً ، فهٰذا تكاذب في الحقيقة ، ولا يخفى التفريع .

ولو كانت المسألة بحالها ، فقال أحدهما : زيد هٰذا قتل أبي ورجل آخر لا أعرفه ، [وأعلم][(٦)] أنه ليس عمراً ، وقال الآخر : قتل أبانا عمرو ورجل آخر لا أعرفه ، ولا أُبعد أن يكون زيداً ، فالذي عين زيداً مكذبٌ للذي عيّن عمراً ؛ فإنه قال : أعلم أن شريك زيد لم يكن عمراً [والذي عيّن عمراً][(٧)] لم يكذب أخاه في زيد ، فقد اشتمل قولاهما على التكاذب في عمرو ، وليس في أقوالهم ما يوجب تكاذباً في زيد ، فنقول : أما زيد فلا تكاذب [فيه][(٨)] ، فيحلف المدَّعي عليه خمسين يميناً ، ويستحق ربع الدية ، وأما عمرو ، فقد حصل التكاذب [فيه][(٩)] .

---

(١) في الأصل : « غرّبه » .
(٢) في الأصل : « الموافق » .
(٣) جواب (أما) بدون الفاء .
(٤) في الأصل : « المعنىٰ » . والمثبت من (هـ٢) .
(٥) في الأصل : « الآخرون » . والمثبت من (هـ٢) .
(٦) زيادة من (هـ٢) .
(٧) زيادة من (هـ٢) .
(٨) سقطت من (هـ٢) .
(٩) في الأصل : « منه » . والمثبت من (هـ٢) .

فإن قلنا : القسامةُ تبطل بالتكاذب ، فللّذي ادّعىٰ علىٰ عمرو أن يحلِّف عمراً ، وقد بطلت البداية بالمدعي ، فإن حلف المدعىٰ عليه ، برىء [من الخصومة][(١)] وإن نكل عن اليمين ، ردت اليمين على المدَّعي ، فإذا حلف يمين الرد ، استحق عليه ربعَ الدية أيضاً ، والتكاذب لا يسد باب التحليف والرد ، وإنما يؤثر في إبطال القسامة [فحسب][(٢)] .

١٠٩٥٠ـ ولو ادعىٰ أحدهما علىٰ زيد وعمرو ، وقال : هما قتلا أبانا لم يشاركهما غيرهما [وقال الآخر : بل قتل أبانا بكر وخالد][(٣)] ، فهما متكاذبان [والمسألة][(٤)] مفرعة على القولين : إن قلنا : تبطل القسامة بالتكاذب ، ارتدت الأيمان إلى المدعىٰ عليهم ، وحَلَّف كلٌّ واحد من الابنين اللذَيْن ادعىٰ عليهما ، ولم يخف الحكم .

وإن قلنا : لا تبطل القسامة بالتكاذب ، حلف كل واحد من الابنين على اللذين عينهما خمسين يميناً ، واستحق عليهما نصفَ الدية .

ولو قال أحدهما : قتل أبي زيد ، وانفرد بقتله ، لم يشاركه غيره ، وقال الآخر : شارك زيداً في قتل أبينا عبدُ الله ، فقد اتفقا علىٰ توجيه الدعوىٰ بنصف الدية علىٰ زيد ، واختلفا في النصف الآخر ، فإن حكمنا ببطلان القسامة بالتكاذب ، حلفا علىٰ زيد خمسين يميناً ، واستحقا عليه نصف الدية ، ثم القول قول زيد مع من ادعى انفراده بالقتل أنه لا يلزمه النصف الآخر من الدية ، فيحلف ، ولا يخفىٰ جريان الخصومة علىٰ نظمهما . فأما عبد الله ، فلا يقسم عليه من ادعىٰ مشاركته تفريعاً علىٰ أن التكاذب يُبطل القسامة ، ولـٰكن القول قول عبد الله مع يمينه ، ولا يخفىٰ سوْقُ الخصومة .

ش ٢١٤ وإن قلنا : لا تبطل القسامة/ بالتكاذب ، حلف الذي ادعى انفراد زيد خمسين يميناً ، واستَحق عليه نصفُ الدية ، وحلف أخوه علىٰ زيد خمسة وعشرين ، واستحق ربع الدية ، ويحلف علىٰ عبد الله إن أراد خمسين يميناً ، ويستحق عليه ربع الدية ،

---

(١) زيادة من (هـ٢) .
(٢) في الأصل : « بحسب » .
(٣) سقطت من الأصل .
(٤) سقطت من الأصل .

فيحصل لكل واحد منهما نصف الدية : ثلاثة أرباع الدية مأخوذة من زيد ، وربعها مأخوذ من عبد الله .

وإن أراد الذي ادعى المشاركة [التقليل][(١)] في الأيمان ، أمكنه أن يقتصر علىٰ خمسين يميناً ، وذلك بأن يجمع بين زيد وعبد الله في خمسة وعشرين يميناً ، ويفرد عبد الله في خمس وعشرين يميناً .

١٠٩٥١ـ ولو كانت المسألة بحالها ، وكان عبد الله غائباً ، فمن ادعى الاشتراك يحلف علىٰ زيد ، [ولا بدّ أن يكون][(٢)] في يمينه [قتَله][(٣)] مع آخر ، هـٰذا لا بد منه ؛ لأن اليمين علىٰ حسب الدعوىٰ ، وهو لم يدّع انفراد زيد بالقتل ، وإنما يدّعي عليه نصف الدم ، فليحلف على القدر الذي يدعيه .

ثم إذا حلف كما ذكرناه ، وحضر عبد الله ، فيحتاج إلىٰ [أن يحلف][(٤)] عليه خمسين يميناً ، ولا يقع الاعتداد بما قدمه من الأيمان . هـٰكذا حكىٰ من يوثق به عن **القاضي** ، وجرىٰ في كلامه ما يدل علىٰ أن المدعي لا يقسم على الغائب ، حتىٰ لو اتحد المدعي والمدعىٰ عليه[(٥)] ، وكان المدعىٰ عليه غائباً ، ولا بينة للمدعي ، فلا تسمع دعواه إذا قال : لا بينة لي ؛ فإنه لا يحلف .

وهـٰذا فيه نظر ، ومن مسالك الأقيسة الجلية ، الحكمُ بأن أيمان المدعي[(٦)] مسموعة على الغائب إذا ثبت حضوره وقت القتل ؛ فإن الأيمان من المدعي بمثابة البينة في سائر الخصومات ، والبينة مسموعة على الغائب ، والقضاء مرتبط به إن استدعاه المدعي .

وما حُكي عن **القاضي** فليس ينقدح فيه وجه جلي ، ولـٰكن الممكن [فيه][(٧)] أن

---

(١) في الأصل : « التعليل » . والمثبت من (هـ٢) .
(٢) في الأصل : « ولا وأن يكون » .
(٣) في الأصل : « مثله » .
(٤) في الأصل : « تحليفه » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٥) أي يكون المدعي واحداً ، والمدعىٰ عليه واحداً .
(٦) في الأصل : « المدعىٰ عليه » .
(٧) في الأصل : « ديه » ، والمثبت من (هـ٢) .

اليمين إذا تجردت ينبغي أن تكون موقوفة علىٰ مستحلِفٍ قياساً على اليمين في جانب المدعىٰ عليه ، فإذا لم يحضر من يستحلِف ، والمعتمد اللوث المجرد ، فتقيُّدُ القضاء على الغائب باعتماد لوث مجرد وأيمان لا مستحلِف فيها بعيد ، والتعويل علىٰ ضعف الحجة وضعف مستندها . هٰذا هو الممكن ، وكأن اللوث إنما يستقر إذا سلم عن القدح فيه .

ومن يجوّز الإقسام على الغائب يقول في الجواب عن الاستحلاف : لا حاجة إلى الاستحلاف في أيمان القسامة ، فإنها تجري والمدعىٰ عليه يأباها بخلاف/ يمين المدعي . ي ٢١٥

ولا ينبغي أن يكون في جواز القضاء بالشاهد واليمين على الغائب خلاف بين **الأصحاب** ؛ فإن مستند اليمين شهادة عدل ، والقاضي يستفرغ الوسع في البحث عن الشاهد ، واللوثُ أمر منتشر .

والوجه مع ذلك كلِّه القضاءُ على الغائب بأيمان القسامة ، ثم إن [أبدىٰ مطعناً][1] في حضوره ، فليس القضاء أمراً لا يتبع ، وكل ذي حجة علىٰ حجته ، وقد قال **الشافعي** على الاتصال بهٰذا : « **لو أقسم المدعي على الخصم الحاضر ، فقامت بينة أن المدعىٰ عليه كان غائباً ، فالدية مستردة والقضاء منقوض** »[2] .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال المدعي ظلمتُه في هٰذه الخصومة . . . إلىٰ آخره »[3] .

١٠٩٥٢ـ إذا أقسم المدعي على الشرط المعلوم ، وجرى القضاء له بالدية ، ثم قال المدعي : ظلمتُه ، فإن سئل عن معنىٰ قوله ، فإن قال : كذبت عليه ، وكان القاتلُ غيرَه ، استرددت الدية منه ، فإن فسر قوله بأن قال : صدقت في دعواي ،

(١) في الأصل : « أبدىٰ قطعنا » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٢) هٰذا معنىٰ كلام الشافعي . وليس بلفظه . ر . المختصر : ٥/ ١٥١ .
(٣) لم أصل إلىٰ هٰذه العبارة في المختصر في مظانها ، فلعل الشافعي قالها في موضع آخر ، أو في كتاب آخر ، أو بلفظ غير هٰذا اللفظ .

[ولـٰكن][1] لست أعتقد البداية بالمدعي ؟ قلنا له : لا تعويل علىٰ عقدك ، وقد جرى الحكم لك واستحقاقُك الديةَ باطناً لا يتوقف علىٰ قيام حجة ، ولو قضىٰ قاضٍ حنفي لشافعي بشفعة الجوار ، وكان المقضي له مصرّاً علىٰ عقده ، ففي ثبوت الشفعة له ظاهراً وباطناً أو ظاهراً خلاف بين **الأصحاب** .

ونستجمع في هـٰذه الأصناف ونستاقها في نظام من التقسيم يحوي أطراف الكلام في كتاب الدعاوىٰ ، إن شاء الله عز وجل .

* * *

(١) في الأصل : « وكذىٰ » .

باب
كيف يمين مدعي الدم

قال الشافعي رضي الله عنه : « فإذا وجبت لرجل قسامة . . . إلىٰ آخره »[١] .

١٠٩٥٣- غرض الباب مقصور علىٰ كيفية اليمين وعلىٰ ذكر احتياط في ذكر المحلوف به وعليه .

فأما القول في أعداد الأيمان ، فقد سبق . وأما لفظ كل يمين ، فإن غلّظ القاضي ، قال : قل : « بالله الذي لا إلـٰه إلا هو يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور » أو ما يراه من الصيغ المعظِّمة ، وهـٰذا لا اختصاص له بأيمان القسامة ، بل كل يمين في أمر مخطرٍ يغلّظ بالمكان ، والزمان ، والألفاظ ، علىٰ ما يراه القاضي ، ثم إن الكلام في أن هـٰذه التغليظات مستحقة أو مستحبّة يأتي في باب مفرد في كتاب الدعاوىٰ ، وقد قدمنا صدراً منها في كتاب اللعان .

ش ٢١٥ والغرض/ من ذلك هاهنا أن تعدد الأيمان لا يُسقط التغليظَ في ألفاظ كل يمين ، ثم القول في تغليظ كل يمين كالقول في تغليظ سائر الأيمان ، فلو قال له القاضي : قل : والله ، فقال : والرحمـٰن ، لم يكن حالفاً ، ولو قال القاضي : قل : بالله العظيم الطالب ، فقال : بالله ، واقتصر عليه ، ففي الاعتداد باليمين خلاف مبني علىٰ أن التغليظ مستحق أم لا ؟ وهـٰذه الأحكام علىٰ ظهورها فيها أسرار وغوامض ، ستأتي في موضعها ، إن شاء الله .

وإذا لم يكن هـٰذا مختصاً بالباب ، فلا معنىٰ للإطناب فيه .

ثم يحلفه القاضي ويحتاط في التصريح بالمدَّعىٰ ، وقد وصفنا الدعوىٰ ، فليقع اليمين بحسبها .

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٥١ .

ومما أجراه **الشافعي** أنه إذا حلف أن فلاناً انفرد بقتل [أبي وأتىٰ بالدعوىٰ][(١)] علىٰ شرطها ، فيقول : « **ما شركه في القتل غيره** »[(٢)] .

وهـٰذا بالاتفاق احتياط غير مستحَق ؛ فإنه إذا حلّفه على انفراده بالقتل ، [فقد][(٣)] نفى الاشتراكَ ، وإذا كانت اليمين معروضة على المدَّعىٰ عليه ، فيحلف بالله ما قتله ولا تسبب إلىٰ قتله ، ويصرح بما ينفي عنه جهات الضمان ؛ [لأن][(٤)] معظم الناس لا يرون المتسبب في حكم القاتل ، ولو فرض الاقتصار علىٰ نفي القتل ، ففي هـٰذا فصل نظر ، فإن ادعىٰ [علىٰ][(٥)] المدعىٰ عليه القتل ، فَنَفَى القتلَ ، جاز الاكتفاء بهـٰذا ، وإن ادعىٰ عليه سبباً مضمّناً كحفر بئر ، فلا يكفيه نفي القتل ؛ فإن نَفْي القتل صريح في نفي المباشرة .

ومعظم هـٰذه الأصناف تأتي في كتاب الدعاوىٰ ، إن شاء الله عز وجل .

* * *

---

(١) في الأصل : « أمي وأبي فالدعوىٰ » .
(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٥٢ .
(٣) في الأصل : « وقد » .
(٤) في الأصل : « إلا أن » .
(٥) زيادة من المحقق .

باب
دعوى الدم [في الموضع الذي ليس فيه قسامة][(١)]

١٠٩٥٤ـ مقصود الباب أن القتل إذا لم يكن قتلَ لوث ، فالبداية بالمدعىٰ عليه ، وهو المحلَّف ، وفي تعدد اليمين القولان المشهوران ، والغرض الآن أنا إذا رأينا تعدد اليمين على المدعىٰ عليه ، فإن كان واحداً ، حلفناه الخمسين ، وإن ادعىٰ على اثنين الاشتراك في القتل ، فهل توزّع الأيمان عليهما أم يحلف كل واحد منهما خمسين يميناً ؟ فعلى القولين المذكورين في جانب المدعي ؛ فإنه إذا تعدد المدعي فكل واحد يدعي مقداراً من الدم لنفسه ، ثم في توزيع الأيمان الخلافُ المقدم .

فإذا تعدد المدعىٰ عليهم ، فكل واحد منهم يُدّعىٰ عليه مقدارٌ من الدم فتبعُّض الدم/ في حق المدعي كتبعّضه في حق المدعىٰ عليه ، غير أن المدعين قد تتفاوت حصصهم ، فتتفرع المسائل في تقسيط الأيمان عليهم ، والمشتركون في القتل لا يتفاوتون في الالتزام ؛ فيجري التفريع علىٰ قول القسمة [والفضِّ][(٢)] علىٰ حكم التسوية .

ي ٢١٦

١٠٩٥٥ـ ثم ذكر الشافعي رضي الله عنه طرفاً من إقرار العبد بالجناية الموجبة للقصاص ، والموجبة للمال ، وقد مضىٰ جميع ذلك مستقصىً مفرّعاً علىٰ أن موجب العمد ماذا ؟ وذكر إقرار العبد ، وهـٰذا سيأتي في كتاب السرقة ، إن شاء الله ، وشرْطُنا في هـٰذا المجموع أن نجتنب الإعادات ، إذا لم تمس إليها حاجة .

١٠٩٥٥/مـ وذكر الشافعي السكران وأنه لا يحلف حتىٰ يفيق ، وهـٰذا يخرّج علىٰ أن السكران هل له قول ؟ فإن لم نجعل له قولاً ، لم يدّع ولم يحلف ، وإن جعلناه كالصاحي في عقوده وحلوله ، فقد قال الشافعي : لا يحلفه القاضي حتىٰ يُفيق ؛ فإن الغرض من الأيمان الزجر عن التمادي في الكذب ، والأيمان لا تزجر السكران ، وهـٰذا

(١) الزيادة في ترجمة الباب من « مختصر المزني » (٥/ ١٥٢) .
(٢) في الأصل : « والبعض » . وهـ٢ : « والقصر » . والمثبت من المحقق .

لا يختص بأيمان القسامة ، بل يجري في كل يمين .

ثم اضطرب **أئمتنا** في أن القاضي لو حلفه هل يقع الاعتداد بحلفه ؟ **منهم من قال** : يُعتد به ، ولـٰكن أساء القاضي ، وحاد عن المسلك المرتضىٰ ، لأنه من [أهل](١) الأقوال جُمَع ، ولذلك صحّحنا رجوعه عن الردّة في السكر ، كما صححنا ردته . **ومن أئمتنا من قال** : لا يعتد باليمين ؛ فإنه ليس يحصل باستحلافه المقصودُ المنوطُ بالحلف ، والقائل الأول يقول : الزنديق يحلف وإن كان يستهين باليمين ، ويجوز أن يجاب عنه بأن السكر إلى انقضاء ، وارتقابُ زواله ليس أمراً بعيداً ، بخلاف الزندقة والعقود(٢) الفاسدة .

فصل

قال : « وهكذا الدعوىٰ فيما دون النفس . . . إلىٰ آخره »(٣) .

١٠٩٥٦ـ قد أجمع **الأصحاب** علىٰ أن القسامة لا تجري في الأطراف ، والمعنيّ بالقسامة في النفي والإثبات البداية بالمدعي ، ولا فرق بين أن يفرض قطعها(٤) مع اللوث، أو من غير لوث ، وهـٰذا مما يغمض فيه مُدرك التعليل ؛ فإن الأطراف مصونة بالقصاص صَوْن النفوس ، وكان لا يبعد من طريق المعنىٰ أن تُتْبَعَ القسامةُ محالَّ القصاص ، ثم كان لا يفرق بين ما يقع خطأ وبين ما يقع عمداً ، ولـٰكن الإجماع/ كما ذكرنا . ٢١٦ ش

فإذا نفينا القسامة لم يبق [تحالف](٥) ، وأقصىٰ ما ذكر في الفصل بين الأطراف والنفوس أن الكفارة لا تتعلق بالأطراف ، وتتعلق بالنفوس ، وهـٰذا لا يقع الاكتفاء به مع الاستواء في القصاص ، ومع الاتفاق علىٰ أن العاقلة تحمل أروش الأطراف . هـٰذا هو الذي عليه التعويل .

---

(١) في الأصل : « أصل » .
(٢) العقود : أي الاعتقادات .
(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٥٣ .
(٤) أي الأطراف .
(٥) في الأصل : « مخالف » ، وهـ٢ : تخالف .

١٠٩٥٧ـ ثم إذا تبين أن البداية في الأطراف بالمدعىٰ عليه ، فقد اختلف القول في أن الأيمان هل تتعدد ؟ ويمكن أن يُرتَّب الطرف على القتل الذي لا لوث فيه ؛ فإن الطرف تقاعد عن النفس في وضع الباب في ثبوت القسامة وانتفائها ، ثم إذا فرعنا علىٰ أن اليمين تتعدد في أرش الطرف ، فإن كان الأرش كالدية ، **فقولان** : **أحدهما** ـ الاكتفاء بيمين واحدة . **والثاني** ـ أن المدعىٰ عليه يحلف خمسين يميناً .

فإن كان الأرش أقلَّ من الدية وقلنا : يكفي يمينٌ في مقدار الدية ، فلا كلام ، وإن [قلنا][(١)] : خمسين يميناً ، ففيما ينقص عن مقدار الدية **قولان** : **أحدهما** ـ أنا نوزع الخمسين علىٰ مقدار الدية ، وفي نصف الدية خمس وعشرون ، وفي ثلثها ثلث الخمسين ، وهٰكذا إلىٰ حيث تنتهي المقادير . **والقول الثاني** ـ أنه لا بد من خمسين يميناً ، وإن قل الأرش ، وكذلك لو كان حكومة غير متقدرة .

ولو بلغت الأروش مقدار ديتين أو أكثر ، فهل تزيد أقدار الأيمان بزيادة مقدار الأروش ؟ فعلىٰ قولين . وهٰذا قريب المأخذ من الخلاف المذكور في أنا هل نزيد علىٰ ثلاث سنين في مدة الضرب على العاقلة إذا زادت الأروش .

١٠٩٥٨ـ ومما يجب رد النظر إليه أن **الأئمة** اختلفوا في أن دية المرأة تضرب في ثلاث سنين أو في سنتين ، ثم تردد **الأصحاب** في أن الاعتبار بالنفس أو بالمقدار ؟ فهل يجري هٰذا التردد [في النفوس][(٢)] الناقصة[(٣)] إذا كان المستحلَف المدعىٰ عليه ؟ هٰذا فيه احتمال ، والأشبه تعظيم النفوس في باب الأيمان والتسوية بين ما يكمل بدله وبين ما ينقص بدله ، ولا يبعد إجراء الخلاف .

أما إذا فرضنا الإقسام على النفوس والبداية بالمدعي ، فلا شك أنا لا نفرق بين نفس ونفس ؛ فإن حجة المدعىٰ خمسون يميناً ، ولو كانت القسامة تجرىٰ في الأطراف تقديراً ، لما اختلفنا في تعدد الأيمان . وإن قلّت الأروش .

---

(١) هـ٢ : « رأينا » .

(٢) في الأصل : « أو في » ، والمثبت من (هـ٢) .

(٣) النفوس الناقصة : مثل الذمي والمجوسي .

١٠٩٥٩ـ ثم ذكرت **الأئمة** فرعاً مقتضباً من أصول جامعة لا غموض فيه ، ولـٰكنه يذكرها ويهذبها ، فنقول : إذا ادعىٰ علىٰ شخصين قطع يد فيخرّج فيه **أربعة أقوال** : **أحدها** ـ أنهما يحلفان/ يميناً يميناً ، وهـٰذا يخرّج علىٰ أن الأيمان لا تتعدد في الأطراف . **والقول الثاني** ـ أنه يحلف كل واحد منهما خمسين خمسين ، وهـٰذا علىٰ قول التعدد ، وعلىٰ نفي التوزيع على الرؤوس وعلىٰ قدر الدية . **والقول الثالث** ـ أنه يحلف كل واحد خمسة وعشرين ، وهـٰذا علىٰ قول التعدد ، وعلىٰ أن لا توزيع علىٰ مقدار الدية وعلىٰ أن الأيمان موزعة على الرؤوس . **والقول الرابع** ـ أنه يحلف كل واحد منهما ثلاثة عشر يميناً ، وهـٰذا علىٰ أصل التعدد ، وعلى التوزيع على المقدار ، والتوزيع على الرؤوس . فنقدّر لنصف الدية خمساً وعشرين ، ثم نوزعها على اثنين مع جبر الكسر ، فيحلف كل واحد منهما ثلاث عشرة يميناً ، ولا يخفىٰ علىٰ من أحاط بالأصول ما ذكرناه وأمثاله ، إذا ألقاها السائل .

٢١٧ ي

* * *

باب
كفارة القتل

قال الشافعي رضي الله عنه : « قال الله تعالىٰ ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ الآية . . . إلىٰ آخرها [النساء : ٩٢] »[١] .

١٠٩٦٠ـ القتل إذا صادف آدمياً محترماً لعينه ، ولم يكن مباحاً ، اقتضى الكفارة علىٰ من هو من [أهل][٢] التزامها ، ثم إن كان القتل مضموناً بالقود والدية ، فتجب الكفارة به ، وتمسك **الشافعي** رضي الله عنه بآية الكفارة وهو قوله تعالىٰ : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا ﴾ ورأى التقييد بالخطأ [دالاً][٣] من طريق الفحوىٰ علىٰ أن القاتل عمداً بالتزام الكفارة أَوْلىٰ ، وخلاف **أبي حنيفة**[٤] في ذلك مشهور .

ثم لا فرق بين أن يكون القتل عمداً أو خطأ ، أو شبه عمد .

ولا فرق بين أن يكون القاتل مكلَّفاً أو غير مكلف .

ولا فصل بين أن يحصل القتل بالمباشرة أو بالسبب .

والذمّي من أهل التزام الكفارة كالمسلم .

ولم يختلف **الأئمة** في إيجاب الكفارة [في][٥] مال الصبي والمجنون ، إذا قَتَلا أو تَسبَّبا ، وإن اختلفوا في إيجاب كفارات محظورات الإحرام .

والسبب فيه أن تيك الكفارات متعلقة بالعبادات ، ولا يتحقق في حق الصبيان تأكدُ العبادات علىٰ مبلغ التأكد في حق المكلف . وكان **شيخي أبو محمد** يقول : إذا جامع

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٥٣ .
(٢) زيادة من (هـ٢) .
(٣) في الأصل : « أولاً » .
(٤) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٥/ ١٧٢ مسألة ٢٢٨٢ ، رؤوس المسائل : ٤٧٧ مسألة ٣٤٢ ، طريقة الخلاف ٥٠٩ مسألة ٢٠٢ ، المبسوط : ٢٦/ ٦٧ .
(٥) في الأصل : « من » .

الصبي الصائم في نهار رمضان ، لم يلتزم الكفارة وجهاً واحداً ، بخلاف كفارات الإحرام ؛ فإن كفارات الإحرام إنما تثبت على مذهبٍ لتأكد الإحرام ، ثم إذا أثبتنا الكفارة في حق الصبي ، فالإعتاق عنه في صباه سائغ . وأما الصوم ، فهل يصح من الصبي ؟ وإذا جاء به هل يقع موقع الإجزاء في الكفارة ؟ هٰذا فيه/ تردد مأخوذ من قول ٢١٧ ش **الأصحاب** ، مبني على أنه إذا أفسد الحجَّ هل يصح منه قضاؤه في الصبا ؛ فإن قيل : إذا كان متعبداً بصوم رمضان ووظائف الصلوات الخمس ، فما وجه التردد في صوم الكفارة ؟

قلنا : الوظائف الشرعية لا تقع منه فرضاً ، والكفارة لا تقع قط إلا فرضاً ، وإنما تردد **الأصحاب** في قضاء الحج ؛ لأن وجوبه يدوم بعد البلوغ ، ولو أفسد الصبي الصلوات وصيام أيام رمضان ، ثم بلغ ، لم يخاطب بقضائها .

وما ذكرناه كله في **القتل** المضمون بالقصاص أو الدية .

١٠٩٦١ـ فأما إذا لم يكن القتل مضموناً ، فهو ينقسم إلىٰ محظور وإلىٰ غير محظور ، فأما ما لا يوصف بالحظر ، فلا نوجب الكفارة مثل قتل المرتد ، والزاني المحصن ، والقاتل في الحرابة ، والقتل قصاصاً ، والقتل الواقع في الدفع .

وأما القتل المحظور ، فإنه ينقسم إلىٰ محظور بالإيمان كدم العبد في حق السيد ، فإذا قتل السيد عبدَ نفسه ، التزم الكفارة ، وكأن الدم مضمون للآدمي ولله تعالىٰ ، وبدل الدم للسيد لو قَتَل العبدَ ، فإذا كان هو القاتل ، امتنع ثبوت [القيمة][1] ، وبقي محل حق الله تعالىٰ مضموناً عليه بالكفارة .

وأما [نساء الكفار][2] وأطفالهم ، فإنا نحرم قتلهم ، كما سيأتي في السِّير ، ولا كفارة علىٰ من قَتَل منهم ، والسبب فيه أن الكفارة إنما تتعلق [بقتل يصادف آدمياً][3] محترماً في عينه ، والامتناع عن قتل الذراري والنسوان ليس علىٰ حرمة ثابتة ،

---

(١) في الأصل : « القسمة » .

(٢) في الأصل : « ينسار الكفارة » ، والمثبت من (هـ٢) .

(٣) في الأصل : « علىٰ تضارب ذمياً » . والمثبت من (هـ٢) .

وإنما هو مأخوذ من [استصواب][(١)] الشرع في استبقائهم خَوَلاً والاشتغال برجال القتال ، فآل أمر [الكفارة][(٢)] إلىٰ ما ذكرناه .

وقال **بعض المحققين** في حدّ القتل الموجب للكفارة إذا صادف القتلُ مَنْ دمه محقون بأمانٍ أو إيمان ، ولم يكن مباحاً ، فنقْضُ بِنْيةِ مَنْ هـٰذا وصفُه يوجب الكفارة ، وفيما ذكرناه احتراز عن الذراري والنسوان من أهل الحرب .

ولا حاجة إلىٰ هـٰذه التقييدات والتعويل علىٰ ما قدمناه من ثبوت الحرمة ، ويخرّج عليه العبد في حق السيد ، وعبدُ الذمي في أمان الذمي ، فهو محترم وإن كان كافراً كالذمّي نفسه .

١٠٩٦٢ـ ثم تكلم **الأصحاب** على الآية المشتملة على الكفارة فقالوا : قوله تعالىٰ : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا ﴾ إنما تَقَيّد [للتنبيه][(٣)] علىٰ أن الكفارة تجب وإن وقع القتل من غير مأثم ، والكفارات كاسمها ممحّصات/ ، قال **الشافعي** رضي الله عنه : « **هـٰذا التقييد يدل علىٰ أن القاتل عمداً بالتزام الكفارة أولىٰ** » وتقرير هـٰذا في الخلاف . ي ٢١٨

ثم قال تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ ﴾ [النساء : ٩٢] والمراد الذمّي أو المعاهد إذا قُتل .

وقال : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ ﴾ [النساء : ٩٢] وفي ذلك **مسائل** :

إحداها ـ أن يرمي إلىٰ صف الكفار ، ويقصد كافراً بعينه ، ولا يعلم [بمكان][(٤)] مسلم في الدار ، فمال السهم وضاف[(٥)] ، وأصاب مسلماً جهل الرامي مكانه ، فلا قود [عليه ولا دية][(٦)] ، وتجب الكفارة ، وهـٰذا هو الذي سماه الفقهاء : قتيل سهم الغَرْب .

[وشرط][(٧)] التصوير في هـٰذه المسألة أن يكون المسلم في القطر الذي فيه موقف

---

(١) في الأصل : « استضراب » .
(٢) في الأصل : « الكفاة » .
(٣) في الأصل : « البينة » .
(٤) في الأصل : « ثم كان » .
(٥) ضاف : أي مال وانحرف .
(٦) في الأصل : « والدية » .
(٧) في الأصل : « اشترط » .

الكفار ، وقد يكون أسيراً فيهم ، أو تاجراً من المسلمين ، عَسُر عليه الالتحاق بالمسلمين ؛ فإن السهم لو مال إلىٰ بعض من في صف المسلمين في ازورار الصفوف والتحام الفئتين وقتله ، كان مضموناً بالدية .

ولو علم أن في الدار مسلماً ، فقصد كافراً ، فأخطأ السهمُ وأصاب المسلم ، فلا قود ، وتجب الدية والكفارة ، ولو لم يعلم مسلماً في الدار ، وقصد شخصاً قدّره كافراً ، [بأن][1] كان في صفهم أو علىٰ زيّهم ، فبان مسلماً ، لم يلتزم القود ، ولزمت الكفارة ، وفي الدية قولان ، وكان **شيخي** يطرد القولين في الدية إذا مال السهم إلىٰ أسير مسلم ، وكان يعلم أن فيهم مسلماً ، ونزّل هـٰذا منزلة ما لو قصد شخصاً ظنه كافراً ، فكان مسلماً ، وهـٰذا منقاس حسن .

وإذا قتل في دار الإسلام شخصاً علمه كافراً من قبلُ مباحَ الدم ، فتبين أنه كان أسلم ـ والقاتل جهل ذلك من حاله ـ فالدية تلزم ، وفي وجوب القود قولان ، وذلك لأن دار الإسلام دار حقْنٍ ، فيجب أن يكون [القتل فيه][2] علىٰ تثبت بخلاف دار الحرب ، وإذا جرىٰ قتلٌ على الصورة التي قدمناها في دار الحرب فلا ينسب القاتل ـ بترك التعرف ـ إلىٰ تفريط .

هـٰذا مجامع القول فيما يوجب الكفارة ، وفيمن يلتزمها .

١٠٩٦٣ـ ثم نختتم الباب بأوجه غريبة في مسائل : [منها][3] ما ذهب إليه **أئمة المذهب** أن من قتل عمداً ، واقتُصّ منه ، فالكفارة تجب في تركته ، وحكىٰ **صاحب التقريب** وجهاً غريباً نقله وزيّفه أن القصاص يُسقط الكفارة ، وتقع النفس في مقابلة النفس ، والسيفُ/ محّاء الذنوب . وهـٰذا غير معتد به . ٢١٨ ش

ومما ذكر غريباً في الباب أن جماعة من أهل الالتزام إذا اشتركوا في قتل إنسان مضمونٍ بالكفارة ، فيجب علىٰ كل واحد منهم كفارةٌ بكمالها ؛ فإن تعطيل الكفارة

---

(١) في الأصل : « فإن » .
(٢) في الأصل : « ديه » ، والمثبت من (هـ٢) . والضمير يعود علىٰ (الدار) بتأويلٍ لا يعسر عليك .
(٣) زيادة من المحقق .

لا سبيل إليها ، وهي لا تتبعض ، وحكىٰ **بعض الأئمة** قولاً غريباً أن الكفارة الواحدة تُفَضُّ على المشتركين ، حكاه **شيخي والعراقيون** ، وتوجيهه علىٰ بعده قياسُه علىٰ جزاء الصيد ، فإن جماعة من المحرمين إذا اشتركوا في قتل صيد ، لزمهم جزاءٌ واحد ، وهو غير سديد ؛ فإن بعض الجزاء يجب في بعض الصيد ، فلا يمتنع تبعيض الجزاء بالقسمة ، بخلاف كفارة القتل .

ومما ذُكر غريباً أن كفارة القتل في الأصل مرتّبة ترتب كفارة الظهار : أصلها الإعتاق ، فإن فرض العجز عنه ، فصوم شهرين متتابعين ، ثم صيام الشهرين المتتابعين في كفارة الظهار إذا فرض عجزٌ عنه ، فإطعام ستين مسكيناً بدلاً عن الصيام ، دل عليه نص القرآن ، ولم يذكر الله سبحانه وتعالىٰ [الإطعامَ][1] في كفارة [القتل][2] [بدلاً][3] .

هـٰذا هو المذهب .

وحكىٰ **بعض الأئمة** قولاً غريباً : أن الإطعام يَبْدُل[4] الصيام ويخلُفه ، عند فرض العجز عنه قياساً ، علىٰ كفارة الظهار .

وهـٰذا غريب حكاه **صاحب التقريب** ، وهو غير معتد به[5] .

ثم مما يجب التثبت فيه أن من لزمه صوم شهرين في كفارة القتل ، ثم مات ، فإنا نوجب في تركته ستين مُدّاً ، وليس هـٰذا كفارة ، ولـٰكنه بدل كل صومٍ واجب ، ونحن نُثبتها بدلاً عن صوم شهر رمضان ، وعن الصوم المنذور ، كما تقدم شرحه في كتاب الصوم .

ومن انتهىٰ إلىٰ هَرَمٍ وكان لا يطيق الصوم ، فقد نقول [يفدي][6] الصوم الواجب

(١) في النسختين : « الصيام » .
(٢) في الأصل : « الظهار » ، والمثبت من (هـ٢) .
(٣) زيادة من (هـ٢) .
(٤) يبدُل : من باب قتل .
(٥) أنكر القفال حكاية القولين علىٰ صاحب التلخيص ، وقال : هما وجهان ، وقال الرافعي : أظهرهما المنع (ر . الشرح الكبير : ١٠/٥٢٩) .
(٦) في الأصل : « يبدي » .

عليه قضاء ، أو نذراً بأمداد الطعام ، ولو أثبتنا [الأمداد بدلاً][1] ، لم يتوقف الانتقال إليها على الانتهاء إلى الهرم ، وقد ذكرنا الحدّ المعتبر في العجز عن الصيام الذي يجوز لأجله الانتقال إلى الإطعام .

فَرْعٌ : ١٠٩٦٤ـ إذا قتل الرجل نفسه ، ففي وجوب الكفارة في تركته **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ أنه يجب وهو الأصح لمصادفة القتل بِنْيةً محترمة في عينها ، والكفارة لله تعالىٰ ، فصار كما لو قتل السيد عبد نفسه .

ومن أصحابنا من قال : لا تجب الكفارة أصلاً/ ، لأن الكفارة لو وجبت ، لوجبت بالموت ، وهو بالموت يخرج عن أن يكون من أهل الالتزام . ٢١٩ ي

ونحن الآن نمهد أصلاً ، فنقول : إذا جرىٰ في الحياة سببٌ كحفر بئر أو نصب شبكة ، ومات المتسبب ، وحصل القتل بذلك السبب بعد موته ، فالضمان يجب في تركته إن كان المتردي بهيمة ، وإن كان آدمياً ، فالديةُ علىٰ عاقلته ، وفي الكفارة تأمل ؛ من جهة أنها عبادة ، والعبادات يبعد إيجابها بعد الموت ، وهـٰذا يخرّج علىٰ قولٍ حكيناه في أن من لم يوصِ بأن يُكفَّر عنه هل تسقط الكفارة بموته ؟ فإذا قلنا : [إنها تسقط][2] ، فلا شك أنها لا تجب بعد الموت .

وأما غرامات الأموال ، فإنها تتعلق بالتركة ، وإن حصل الهلاك بعد الموت إذا جرت الأسباب المضمِّنة في الحياة ، وليس ما ذكرناه بمثابة قتل الإنسانِ نفسَه ، فالأصح وجوب الكفارة .

ثم إذا اصطدم رجلان ، وماتا ، فقد ذكرنا حكم الدية في باب الاصطدام ، فأما الكفارة ، فإن أوجبنا الكفارة علىٰ من يقتل نفسه ، فيجب علىٰ كل واحد منهما كفارتان ؛ لأنه مشارك في قتل نفسه وقتل صاحبه . وإن فرعنا علىٰ أن الكفارة لا تجب علىٰ من قتل نفسه ، فتجب علىٰ كل واحد منهما كفارة لمشاركته في قتل صاحبه ، وإن

---

(١) في الأصل : « الأمر إذ لا بد » .

(٢) في النسختين : « فإذا قلنا : لا تسقط » وهو مخالف للسياق ، والتصويب من المحقق . وقد تأكد بعبارة الغزالي في البسيط حيث قال : « إن قلنا : تسقط إذا لم يوص بها ، فتسقط هنا » (البسيط : ٥/ ورقة : ٩٣ شمال) .

قلنا : يجب على الشريك بعض الكفارة ، ولا يجب علىٰ من قتل نفسه كفارة ، فيجب علىٰ كل واحد منهما نصف كفارة ، وهـٰذا يتفرّع علىٰ قولٍ بعيد ووجه ضعيف .

وإذا اصطدمت امرأتان حاملتان وأجهضتا جنينَيهما ، وماتتا ، وفرعنا على الأصح ، وقلنا : علىٰ من يقتل نفسه كفارة ، فيجب علىٰ كل واحدة منهما أربع كفارات ، لسعيها في قتل نفسها ، وقتل جنينها [وقتل صاحبتها وقتل جنينها](1) ولا يخفى التفريع على الوجوه الفاسدة . ثم ذكر **الشافعي** باباً في أن القاتل خطأ لا يرث ، وقد استقصينا ما يوجب حرمان الميراث في كتاب الفرائض(2) .

* * *

---

(1) زيادة من (هـ٢) .

(2) نهاية الجزء الذي اتخذناه أصلاً من نسخة ت٣ ، أو بالتحديد كان النسخة الوحيدة من أول الجراح إلىٰ أواخر القسامة . حيث بدأت نسخة (هـ٢) كنص مساعد إلىٰ هنا . وستستمر (هـ٢) إلىٰ آخر (الصيد والذبائح) . وقد جاء في خاتمة هـٰذا الجزء ما نصه :

« تم الجزء . . . يتلوه في الذي يليه باب الشهادة على الجناية .

والحمد لله علىٰ عونه وإحسانه ، وصلى الله علىٰ سيدنا محمد نبيه وآله وصحبه وسلامه (كذا) غفر الله لكاتبه وصاحبه ومن نظر فيه ودعا لهما وجميع المسلمين ، آمين » .

١٨ ي

/ باب[١]
الشهادة على الجناية

قال الشافعي : « ولا يقبل في القتل وجراح العمد . . . إلىٰ آخره »[٢] .

١٠٩٦٥ـ صدر **الشافعي** رضي الله عنه الباب بطرف من الكلام فيما يقبل فيه شهادة الرجل والمرأتين ، وفيما لا يقبل فيه إلا شهادة عدلين ، ولسنا [نلتزِم ثَمَّ ضبط][٣] ذلك وتحرير كلام جامع فيه ؛ فإن هـٰذا يأتي مستقصىً في كتاب الشهادات ـ إن شاء الله عز وجل ـ والقدْر الذي نذكره هاهنا تمهيداً وتفريعاً ، القول في الجراح والجنايات المتعلقة بالنفوس والأطراف .

فنقول : القصاص لا يثبت إلا بشهادة عدلين في النفس والطرف ، والجناية التي موجَبها القصاص لو ثبتت لا تثبت في نفسها إلا بشهادة عدلين ، وليس ما ذكرناه تكريراً ؛ فإنه قد يظن ظان أن الجناية إذا كانت موجِبةً للقصاص ، فإذا شهد عليها رجل وامرأتان ، فالقصاص لا يثبت والمال يثبت ، وليس كذلك ، فإنا لا نثبت بالرجل والمرأتين القصاصَ ، ولا الجنايةَ الموجبةَ للمال ، وسنعلّل هـٰذا ؛ فإنا في نقل المذهب [نَعُدّ الجناية التي لا يتعلق][٤] بها وجوبُ القصاص : إما لوقوعها خطأً ، أو شبهَ عمد ، أو لصدورها من صبيّ أو مجنون ، أو لمصادفتها من لا يكافىء القاتل ـ تثبت بشاهد وامرأتين ، وهـٰذا يبتني على اتباع المقصود ، والجناية التي لا يتعلق بها

(١) يبدأ العمل من هنا متخذاً نسخة هـ٢ أصلاً ، نسخة (ت٤) نصاً مساعداً ، ويستمر هـٰذا إن شاء الله إلىٰ نهاية (ت٤) بباب قطاع الطرق ، وعندها تنفرد (هـ٢) بدءاً من كتاب الأشربة ، والله المستعان .

(٢) ر . المختصر : ٥/١٥٤ .

(٣) في الأصل : « ننتظم ضبط ذلك » ، والمثبت من (ت٤) . ويلاحظ أنه استعمل كلمة (ثَمَّ) للقريب علىٰ غير المعهود ، فهو يقول : ولسنا نلتزم ضبط ذلك (هنا) علىٰ حين لفظ (ثم) معناه (هنالك) .

(٤) في الأصل : « بعدُ بجناية ألا يتعلق » والمثبت من (ت٤) .

القصاص مقصودها المال، وما كان المقصود فيه المال ، فهو يثبت بالشاهد والمرأتين .

والجناية التي توجب القصاص مقصودها القصاص ، وما لا يكون المال مقصوداً فيه ، وهو مما يطلع عليه الرجال ، فلا يثبت بشاهد وامرأتين .

وهـٰذا يرد عليه **نوعان من السؤال** : **أحدهما** ـ أن قائلاً لو قال : هلا خرّجتم ذلك علىٰ موجب العمد ، واختلاف القول فيه حتىٰ تقولوا : إن قلنا موجَبُ العمد القود ، فالجناية لا [تثبت][1] أصلاً ، فإن قلنا : موجبها القود أو الدية ، فليس أحدهما أن يكون مقصوداً أوْلىٰ من الثاني/ ، فلا يبعد أن يقال : تثبت الجناية مقتضية للمال ، ولا يثبت القصاص ؟ ش ١٨

قلنا : نحن لا نشك أن المقصود الذي هو الأصل في جراح العمد القصاصُ ؛ وليس المعنيُّ بقولنا : المالُ أحدُ الموجَبين[2] أنه يضاهي القصاص ؛ فإنّ غرض الشرع إثبات ما يزجر المعتدين ، ولا يقع الزجر ـ فيما فهمناه من مقصود الشرع ـ بالغرم المالي ، والدية حيث يفرض القصاص إنما تثبت حتىٰ لا تتعطل الجناية ولا تقع هدراً ، وهـٰذان [الأمران][3] مفهومان من غرض الشرع ، فيخرج منه أنا وإن قلنا : المال موجب ، فلسنا ننكر كون القصاص مقصوداً ، فهـٰذا ما يضبط به أصل الباب .

١٠٩٦٦ـ ويتصل بهـٰذا المنتهىٰ أن المدعي لو عفا عن القصاص أولاً ، ثم أراد إقامة شاهد وامرأتين ، فهل يثبت المال والجناية في أصلها موجبةٌ للقصاص ؟ فعلىٰ **وجهين مذكورين في الطرق** : **أحدهما** ـ أن المال يثبت ؛ فإن القصاص خرج عن كونه مقصوداً بالعفو ، وتعيّن المال ، وإذا صار المال مقصوداً ، وجب ألا يمتنع ثبوته بالشاهد والمرأتين .

والوجه الثاني ـ أن الجناية لا تثبت إلا بشهادة عدلين ، فإن الشاهد يسند شهادته إلىٰ ما كان ، والعفو جرىٰ بعد مستند الشهادة ، فكأن[4] أحد القائلَيْن ينظر إلىٰ أصل

(١) في الأصل : « توجب » .
(٢) ت٤ : « الوجهين » .
(٣) في الأصل : « الإقراران » .
(٤) ت٤ : « وكأن » .

الشهادة[١] ، وهـٰذا فيه فقه غائص [يعضده][٢] أن المال لا يثبت قبل العفو .

وإن قلنا : المال مع القصاص متقابلان ، والبدل أحدهما ، والقائل الثاني يعتبر حالة قيام الشهادة ولا قصاص إذ ذاك ، ويعتذر هـٰذا القائل عما قبل العفو ، بأن المال وإن كان بدلاً غير معيّن فثبوته معيناً ، والجناية عمد بعيد .

فهـٰذا قاعدة الباب .

ومهما[٣] قلنا تثبت الجناية بشاهد وامرأتين ، فإنها تثبت بشاهد ويمين المدعي ، وهـٰذا مطرد إلا فيما ليس بمالٍ ويعسر اطلاع[٤] الرجال عليه ، فإنه يثبت بالشاهد والمرأتين ، ولا يثبت بالشاهد واليمين ؛ والسبب فيه أن النسوة متأصلات فيما لا/ ١٩ ي يطلع عليه الرجال منهن ، فامرأتان مع رجل كرجل مع رجل ، ولهـٰذا تقبل شهادة أربع نسوة منفردات ، لا رجل معهن ، فلم يكن قبول شاهدٍ ويمين بمثابة قبول شاهد وامرأتين في الأموال بالإضافة إلىٰ ما ليس بمال ولا يؤول إلىٰ مال ، وهو مما يطلع عليه الرجال ، فإنا حططنا رتبة المال وقنعنا فيه ببيّنة منحطة عن شهادة الرجلين العدلين ، وما يتعلق بأبدان النساء خطير في نفسه ، وليس شهادة الرجل والمرأتين فيه لانحطاطه .

فصل

قال : « وإن كان الجرح هاشمة أو مأمومة . . . إلىٰ آخره »[٥] .

١٠٩٦٧ـ قد ذكرنا في كتاب الجراح أن القصاص لا يتعلق من شجاج الرأس إلا بالموضحة ، فإذا كان المدَّعَى الموضِحةَ الواقعةَ علىٰ وجه يقتضي القصاص ، فلا شك

---

(١) ت٤ : « الجناية » .

(٢) زيادة من (ت٤) .

(٣) مهما : بمعنىٰ إذا .

(٤) ت٤ : « إطلال » .

(٥) ر . المختصر : ٥/١٥٤ .

أنها لا تثبت بشاهد وامرأتين ، ولو فرضت هاشمة ، لم يتقدّمْها إيضاح ، وكانت هي المدعاة تثبت بالشاهد والمرأتين ، وكذلك القول في كل جراحة لا يتعلق بها القصاص ، كالجائفة وما أشبهها .

فأما إذا ادعىٰ موضحة متصلة بالهشم ، فالجناية مشتملة علىٰ ما يوجب القصاص وعلىٰ ما لا يوجب ، فإنها لو ثبتت ببيّنة كاملة ، أو بإقرار المدعىٰ عليه ، جرى القصاص في الإيضاح ، وثبت المال في مقابلة الهشم .

فإذا تصورت المسألة ، فالمنصوص عليه **للشافعي** أن هـٰذه الجناية إذا شهد عليها رجل وامرأتان قبل العفو عن القصاص ، لم يثبت منها شيء ، لا موجَبُ الموضِحة ، ولا أرشُ الهاشمة ، ونص **الشافعي** علىٰ أن من ادعىٰ أن فلاناً اعتمد رجلاً بالرمي وأصابه ، ونفذ السهم منه إلىٰ أبيه ـ يعني أب المدعي ـ فأصابه خطأ ، فلا يثبت العمد بوجل وامرأتين ، ويثبت ما وراءه مما وقع خطأ ، وهو نفوذ السهم إلىٰ أب المدعي ، وهـٰذه الصورة تناظر الموضحة المؤدية إلى الهاشمة ؛ من جهة أن الموضحة جرح قصاص وما وراءها جرح مال ، كذلك القول في السهم المرسل عمداً النافذ من المقصود المعمود إلىٰ من لم يُقصد .

ش ١٩ فاختلف/ **أصحابنا** في المسألتين : فمنهم من جعل فيهما **قولين بالنقل والتخريج** : **أحدهما** ـ أن المال يثبت فيما لا قصاص فيه في المسألتين ، وهو أرش الهاشمة في مسألة الهاشمة ، ودية من أصابه السهم النافذ خطأ في الأخرىٰ .

ووجه ذلك أن الدعوى اشتملت علىٰ أمرين : **أحدهما** ـ منفصل عن الثاني ، فإن رُدت البينة الناقصة في أحدهما ، فلا معنىٰ لردها في الثاني ، ولو أفرد الهاشمة ووقوعَ السهم خطأ بالدعوىٰ ، وأقام علىٰ ما يدعيه بينة ناقصة ، لقبلت ، فإذا جمع بين دعوتين ، وقامت البينة عليهما ، واقتضى الشرع ردَّ البينة في أحدهما ، فلا معنىٰ لردّها في الثاني .

والثاني ـ لا يثبت أرش الهاشمة ، ولا موجَب الخطأ ؛ لأن الفعل واحد ، وله أثران ، وموجبان ، فإذا كانت البينة مردودة في بعض موجَب الفعل ، ردت في

الجميع ، بدليل أنها مردودة في الدية والجراح العمد[١] [وإن][٢] قلنا : الموجب القود أو الدية : أحدهما لا بعينه .

١٠٩٦٨ـ **ومن أصحابنا** من أقر النصين قرارهما ، وفرق بين الموضحة المؤدية إلى الهاشمة ، وبين الرمي الواقع عمداً لشخص والنافذ منه خطأً إلىٰ غيره ، وقال : الموضحة المؤدية إلى الهاشمة تعدّ جناية واحدة ومحلها متحد ، وإنما تختلف الآثار ، والمحلُّ متعدد متميز في الشخصين المذكورين في مسألة الرمي .

وهـٰذا يحتاج إلىٰ بحث ، ثم إلىٰ تمهيد : أما البحث ، فقد ذكرنا في مسألة الشخصين والسهم النافذ من أحدهما [أن المدعي][٣] لو قال : سهمه الذي رماه عمداً [تخطىٰ][٤] مقصودَه ، ثم نفذ إلىٰ أبي ، ولم يكن الرجل الأول متعلّق حق المدعي ، فيجب القطع بأن الخطأ يثبت بالبينة الناقصة ، وأن ما ذكره من عمده لا يتعلق بدعواه ، وكأنه نقص [قضيته][٥] ولا يدعيها ، ومبتدأ الدعوىٰ بعد نجاز ذكر العمد . نعم ، لو كان الشخص الأول من المدعي بسببٍ بحيث يثبت القصاص له لو ثبت ، فهـٰذا مراد النص ، وما ذكرته من كون المعمود منقطعاً عن المدعي فيه احتمال علىٰ حال ؛ فإن الجناية في نفسها عمد مُفضٍ إلىٰ خطأ ، والعلم عند الله .

ولو ادعىٰ أنه أوضح الرأس ، ثم عاد/ وهشم ، وانفصل الهشم عن الإيضاح ، فموجب الهاشمة يجب أن يثبت ؛ فإنها لم تتصل بالموضحة ، ولم تنتظم معها انتظام آثار جناية واحدة ، فهـٰذا [نتيجة][٦] البحث . ٢٠ ي

وأما التمهيد ، فلو ادعىٰ رجل قصاصاً ، وادعىٰ مع القصاص مالاً في جهة لا تعلق لها بدعوى القصاص ، فالجمع بين الدعوتين سائغ ، فلو أقام شاهداً وامرأتين على

---

(١) ت٤ : « عمداً » .
(٢) في الأصل : « إن » . (بدون الواو) .
(٣) في الأصل : « أنه » .
(٤) زيادة من المحقق .
(٥) في الأصل : « قيمته » ، وفي (ت٤) « قصة » والمثبت من المحقق .
(٦) في الأصل : « متجه » .

الدعوتين ، فالمذهب المبتوت أن المال يثبت وإن لم يثبت القصاص ، [واشتمال][1] الشهادة علىٰ أمرين منفصلين غير ضائر ، والرد في أحدهما لا يوجب الرد في الثاني .

وأبعد بعض من لا حقيقة معه ، فقال : إذا ردت الشهادة في شيء لو أفرد بالذكر ، لردت فيه ، فترد أيضاً [فيما][2] لو أفرد بالذكر ، لقبل فيه ، وإن لم يكن أحدهما متصلاً بالثاني ومفضياً إليه ، وهـٰذا هَوَسٌ لا يعتد بمثله ، فليقع التعويل علىٰ أنهما إذا كانا منفصلين فردُّ الشهادة في أحدهما لا يوجب الردّ في الثاني إنما التردد الذي قدمناه بين النصين في أمرين يتصل أحدهما بالثاني كالسهم النافذ من شخص إلىٰ شخص ، وكالجراحة المتعدية من الإيضاح إلى الهشم . وقد نجز الغرض من تحقيق هـٰذا الفصل .

١٠٩٦٩ـ وافتتح **صاحب التقريب** بعد هـٰذا تفريعاً فقال : إذا قلنا : تثبت الهاشمة وأرشها علىٰ قول ، فهل يثبت القصاص في الموضحة ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يثبت ويكون في حكم التابع ، كما أن الولادة إذا ثبتت في الفراش بشهادة النسوة ، ترتب عليها النسب ، وإن كان النسب لا يثبت مقصوداً بشهادة النسوة .

وهـٰذا الذي ذكره علىٰ نهاية الضعف ، وقد حكاه **الشيخ أبو علي** علىٰ هـٰذا الوجه ، وهو عكس ما قدمناه في تمهيد المذهب ، فإنا أتبعنا الهاشمةَ قصاصَ الموضِحة في الإسقاط ؛ من حيث رأينا القصاص أولىٰ بالاعتبار ، وهـٰذا الذي ذكره تأصيل أرش[3] الهاشمة وإتباع القصاص إياه في الثبوت ، وهو عكس الواجب ، وليس من ضرورة الهاشمة تقدّم موضحة أو وجوب القصاص في موضحة/ ، والولادة إذا ثبتت ، فالولد للفراش لا محالة ، قال **الشيخ أبو علي** : إن لم يكن من التفريع بد ، فالأقرب أن نقول : إذا أثبتنا أرش الهاشمة ، لم يثبت قصاصُ الموضِحة ، ولـٰكن هل يثبت أرش الموضحة من حيث وجدنا فيه متعلقاً لثبوت المال ؟ فعلىٰ **وجهين** ، وليس كجناية موجبة القصاص ، غيرِ مفضيةٍ إلىٰ ما يوجب المال المحض ؛ فإنه ازدحم القصاص

ش ٢٠

(١) في الأصل : « وإثبات » والمثبت من : (ت٤) .
(٢) في الأصل : « كما » .
(٣) ت٤ : « أصل » .

والمال ، ولا سبيل إلىٰ جمعهما ، فكان النظر إلى القصاص .

وإذا اشتملت الجناية على الهاشمة والموضحة ، فقد [يثبت مال حيث لا قصاص فقد][(١)] يحتمل أن نستتبع مالية الموضحة . فأما استتباع قصاص الموضحة ، فبعيد عن التحقيق ، كيف والنص قاطع بأن أرش الهاشمة لا يثبت ، وإن[(٢)] كل ما فرعه **صاحب التقريب** علىٰ قولٍ مُخرج من مسألة الرمي ، ولم أر لما ذكره من التردد في قصاص الموضحة نظيراً إلا شيئاً حكاه من يوثق به عن **القاضي** في مسألةٍ نذكرها ، ونصف ما نقل عنه فيها : لو شهد رجل [وامرأتان علىٰ سرقة موجبة للقطع ، قال : يثبت المال ، وفي القطع وجهان ، وهـٰذا علىٰ نهاية البعد ، فإن إثبات القطع وهو حق لله بشهادة رجل][(٣)] وامرأتين محال .

ثم قال : هـٰذا بمثابة ما لو أقر بسرقة مال ، فالقطع يثبت ، وفي المال قولان .

ولا سواء ؛ فإنا إنما قبلنا الإقرار فيما يوجب القطع لانتفاء التهمة ، وهـٰذا المعنىٰ يشمل المال والقطع ، فجرى التردد لهـٰذا ، فأما إثبات القطع تبعاً للمال ، فلا سبيل إليه . نعم ، الوجه إثبات المال ؛ فإن ضمانه يثبت بإثبات اليد عليه ، وهو في حكم التميّز عن السرقة [بماهية][(٤)] مخصوصة كتصرف السارق في المال ، وسيكون لنا إلىٰ هـٰذه المسألة عود في كتاب السرقة ، إن شاء الله تعالىٰ .

فَصْلٌ

قال : « ولو شهدا أنه ضربه بالسيف ، وَقَفْتُهما . . . إلىٰ آخره »[(٥)] .

١٠٩٧٠ـ إذا ادعىٰ علىٰ واحد قتل أبيه ، وأقام شاهدين علىٰ أنه ضربه بالسيف ، لم يثبت بهـٰذا شيء ، فإن السيف قد ينبو عن الضربة ، وقد يقع عرْضاً ، وقد لا ينفذ .

---

(١) زيادة من (ت٤) .
(٢) ت٤ : « وإنما » .
(٣) ما بين المعقفين سقط من الأصل ، والمثبت من (ت٤) .
(٤) في الأصل : « وإنما هية » . و(ت٤) : « فإنها بينة » ، والمثبت تصرف من المحقق .
(٥) ر . المختصر : ٥/ ١٥٤ .

ولو قالا : ضربه بسيف وأنهر الدمَ ، واقتصرا علىٰ ذلك ، لم يثبت القتل بهٰذا ، وتعليله بيّن ، فإنهما لم يتعرضا للقتل ، ولا لما يحصل به القتل لا محالة .

ي ٢١ ولو قالا : نشهد أنه ضربه بالسيف ، فمات ، أو قالا : ضربه/ بالسيف فمات ، فالذي قطع به **أهل التحقيق** أنه لا يثبت بهٰذا شيء ، فإنهما ذكرا الضرب بالسيف والموت ولم يتعرضا لحصول القتل به . وفي طريق **العراقيين** ما يدل علىٰ أن القتل يثبت إذا قالا : نشهد أنه ضربه بالسيف ، فمات ، وهٰذا ـ إن لم يكن خلل في النسخة ـ غلطٌ منهم ظاهرٌ ، غير معتد به .

ولو قالا : ضربه بالسيف وأنهر دمه ومات مكانه بتلك الجراحة ، أو قالا : مات بعده من تلك الجراحة ، فيثبت القتل حينئذ .

١٠٩٧١ـ ومما يتعلق بهٰذا الموقف أنه هل يجوز تحمل الشهادة على القتل إذا نظر الناظر ، فرأىٰ سيفاً يقع بشخص ، وينهر الدمَ منه ، ثم يراه ميتاً على الاتصال ، فهل له أن يشهد والحالة هٰذه على القتل ؟ هٰذا مما يجب إنعام النظر فيه ، فنقول : لا خلاف أنه لو فرضت الجناية واتصال الموت بها على الوجه الذي وصفناه ، وفرض تنازع الجاني وولي المجني عليه ، فقال ولي المجني عليه : حصل الموت بالجناية ، وقال الجاني : بل مات فجأة بسببٍ هجم عليه ، فالقول قول ولي المجني عليه .

وهل يجوز تحمل الشهادة على القتل ثم نجعل فيه القولَ قولَ من يدعي القتل مع يمينه ؟ الرأي أن نقول : إن انضم إلىٰ ذلك دركٌ متلقّىً من قرائنَ تفيد العلم ، فيجوز الشهادة على القتل ، وإن لم يجد الشاهد إلا ظهورَ الجرح ، وإنهارَ الدم واتصالَ الموت ، فهٰذا عندي بمثابة الشهادة على الملك تعويلاً على اليد في أصل الوضع ، وفي جواز الشهادة على الملك لمجرد اليد كلامٌ ، سيأتي في الدعاوىٰ ، إن شاء الله عز وجل .

والوجه عندي ـ وإن كانت مسألة الجرح في الصورة كمسألة اليد ـ ألا يتحمل الشهادة على القتل ؛ فإن معاينة القتل ممكنة وتلقّي[1] العلم من قرائن الأحوال ليس

---

(١) ت٤ : « ويكفىٰ » .

بعسير ، والأملاك لا مستند لها من [يقين][١] ، وغاية المتعلّق بها مخايل وعلامات .

ثم الرأي الظاهر أن مجرد اليد لا يسلّط علىٰ تحمل الشهادة على الملك ، ما لم ينضم إليها تصرف المُلاك .

هـٰذا ما أردناه في ذلك .

١٠٩٧٢ـ ولو ادعىٰ موضِحة وأقام [شاهدين][٢] علىٰ أنه أوضحه ، فقد قال **الأصحاب** : لا يثبت [الغرض][٣] حتىٰ يصف الموضحة ، ويشير إليها من رأس المجني عليه ، فإن الشجاج أقسام ، وقد يشتبه على الناس في/ الغالب تفاصيلُ مراتبها ، ويختلط عليهم ألقابها ، فلا بد من المباحثة . ٢١ ش

وتحقيق هـٰذا يرجع إلىٰ أن الموضِحة إن كانت تجري علىٰ لفظها في اللغة ، فهي من الإيضاح ، وليس فيها تعرض لإيضاح العظم ، والمطلوب إثبات إيضاح العظم ، وإن كانت تُحمل علىٰ تعارف الفقهاء ، فلا يمكن حمل لفظ الشاهد علىٰ ألقابٍ تواضع الفقهاء عليها ، [واللفظ][٤] متردد في نفسه ، والذي يخطر للفطن في هـٰذا المقام أن الشاهد لو كان فقيهاً ، وقد علم القاضي منه ذلك ، وتبين له أنه لا يطلق الموضحة إلا علىٰ ما يوضح العظم ، وفهم القاضي ذلك منه ، فهـٰذا موضع التردد : يجوز أن يقال : لا بد من كشف الأمر لفظاً ؛ فإن للشرع تعبدات في ألفاظ الشهادات ، وإن كان العلم يحصل بغيرها .

ولو صرح الشاهد بإيضاح العظم ، ولم يُبق إشكالاً ، وقَرُب العهد ، فعايَنَّا رأس المشجوج ، فلم نجد عليه أثراً ، فالشهادة مردودة ؛ فإن الاندمال إن كان يفرض علىٰ قربٍ ، فانقطاع الأثر غير ممكن .

وإن وقعت الشهادة وعسر على الشاهد تعيين محل الجراحة ، فالوجه إثبات

---

(١) في الأصل : « تعين » .
(٢) في الأصل : « شاهدا » .
(٣) في الأصل : « الفرض » ، وفي (ت٤) طمست تماماً ، والمثبت مأخوذ من فحوىٰ كلام الغزالي في البسيط .
(٤) سقط من الأصل . وأثبتناه من (ت٤) .

الموضحة ، وإمضاء الحكم بها ، ثم يعسر إجراء القصاص ، إذا لم يدرك المحل ، وهـٰذا يظهر تصويره فيه إذا كان برأس المدعي المشجوج شجات ، والشهود يزعمون أن ما شهدوا عليه واحدة منها ، وعسر عليهم تعيينها ، (١ فهـٰذا موضع النظر .

والوجه عندي أن الموضحة المدعاة إن كانت خطأ ، فلا يضرّ عُسْرُ ١) تعيينها في الصورة التي ذكرناها ، ويثبت أرشها .

وإن كانت الموضحة المدعاة بحيث توجب القصاص لو ثبتت ، فإذا عجز الشهود عن تعيين محلها والتبست بشجاج على الرأس ، فهـٰذا محل التردد ؛ فإن المقصود من هـٰذه الجراحة ـ لو ثبتت علىٰ صفتها ـ القصاصُ ، وإثبات القصاص عسرٌ ، فلا يبعد ألا تثبت الجناية أصلاً ، كما لو شهد رجل وامرأتان علىٰ موضحة معيّنة موجبها القصاص ، فإن أرش الموضحة لا يثبت لامتناع ثبوت القصاص ، وهـٰذا الذي ذكرناه اختيار **القاضي** ، ويجوز أن/ يقال : يثبت أرش الموضحة ؛ فإن الشهود رجال عُدول ، أو رجلان عدلان ، وهم من أهل إثبات القصاص ، فلم يأت العُسر من نقصان البينة ، وإنما أتىٰ من خللٍ آيلٍ إلى الالتباس ، وكان **شيخي** يميل إلىٰ هـٰذا ، والمسألة فقيهة حسنة . ي ٢٢

فَصْلٌ

قال : « ولو شهدا علىٰ رجلين أنهما قتلاه . . . إلىٰ آخره »(٢) .

١٠٩٧٣ـ يجب الاهتمام في مضمون هـٰذا المفصل بتفصيل الصور ، وتمييز البعض منها عن البعض ، وتوفير حظ كل مسألة من وجوه البيان : نقلاً ، وتعليلاً ، وبحثاً .

والمسألة الأولىٰ مفروضة فيه إذا شهد شاهدان علىٰ رجلين بالقتل ، فشهد المشهود عليهما على الشاهدين بأنهما قتلا ذلك الشخص المعيّن ، فلا يخلو إما أن يكون المدعي هو الذي تولى الدعوىٰ بنفسه أو وكل وكيلاً لينوب عنه في الدعوىٰ ، فإن كان قد تولى الدعوىٰ بنفسه ، فإن ادعىٰ على الآخرَيْن وشهد الأوّلان عليهما علىٰ وفق الدعوىٰ ،

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .

(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٥٤ .

استحق دعواه عليهما ، ولم يتعلق بشهادة الآخرين حكم .

ولو ابتدر الأولان ، فشهدا من غير دعوىٰ من المدعي ، ثم شهد المشهود عليهما على الأولين من غير دعوىٰ ، فالذي ذهب إليه **المحققون** أن شهادة الكل مردودة ؛ لأنها مشروطة بتقدم الدعوىٰ ، وإنما تقبل الشهادة ابتداء علىٰ طريق الحسبة فيما يغلب فيه حق الله تعالىٰ ، كما سيأتي ، مواضع شهادة الحسبة في موضعها ، إن شاء الله تعالىٰ .

وقال قائلون : شهادة الحسبة مقبولة في حُقوق الآدميين من غير تقدم دعوىٰ ، وهي مجراة مجرى الإعانة والإرشاد والتنبيه على استحقاق الحقوق ، ثم من سلك هـٰذا المسلك افترقوا : فمنهم من قال : شهادة الحسبة إنما[1] تقبل إذا لم يكن ذو الحق عالماً بحقه ، فتجري الشهادة مجرى الإعلام والإثباتِ لحقٍّ مُشرفٍ على الضياع .

فأما إذا كان ربُّ الحق عالماً بحقه ، فشهادة الحسبة مردودة .

ومن **أصحابنا** من قال : إذا لم نشترط تقدم الدعوىٰ ، وقبلنا شهادة الحسبة ، لم نفرق/ بين أن يكون صاحب الحق عالماً بحقه ، وبين ألا يكون عالماً به ، وهـٰذا الوجه أقرب في التفريع علىٰ هـٰذا الوجه الضعيف . ٢٢ ش

والمذهب المعتمد ردُّ الشهادة التي لا تتقدمها الدعوىٰ .

وكان **شيخي** يقرّب الخلاف في شهادة الحسبة من أصلٍ في المغصُوب ، وهو أن من رأىٰ مالاً مغصوباً في يد الغاصب ، فهل له أن يأخذه من يده ويحفظه علىٰ مالكه ، من غير إذنٍ من المالك ، ولا نصبٍ من الوالي ؟ فيه اختلافٌ . ووجه المناظرة بيّنٌ .

ثم ما ذكرناه لا يختص بالقصاص ، بل يجري في الأموال ، ولو قال قائل : هـٰذا الخلاف يختص جريانه بالمال دون القصاص ، لم يُبعد ، والوجه التسوية ؛ فإن القصاص مع تعرضه للسقوط بالشبهات خُصّ بمزيد في الإثبات لا يثبُت مثله في الأموال ، وهو أيمان القسامة .

فهـٰذا منتهىٰ ما أردناه .

---

(١) ت٤ : « لا تقبل » .

١٠٩٧٤ـ ثم فرع **صاحب التقريب** على الوجه الضعيف في أن الشهادة تقبل قبل الدعوىٰ ، فقال : إذا ابتدر أربعة إلىٰ مجلس القاضي ، وشهد اثنان منهم على الباقيَيْن ، أنهما قتلا فلاناً ، وشهد الباقيان أن الأولين قتلا ذلك الشخص ، ولم يسبق من الولي دعوىٰ ، فما حكم ما جرىٰ والتفريع علىٰ قبول شهادة الحسبة ؟ قال : في المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أن الشهادتين باطلتين ، وليست إحداهما أولىٰ بالقبول من الثانية ، وقد تصادمتا .

والوجه الثاني ـ أنا نراجع مستحقَّ الدم ، فإن لم يصدقهم ، بطلت شهاداتهم ، وإن صدق اثنين منهم وقع القضاء بشهادتهما ، وتبطل شهادة الآخَرَيْن ؛ وذلك أنا وإن كنا نقبل الشهادة قبل الدعوىٰ ، فإذا تأيدت إحدى الشهادتين بتصديق المدعي ، سقطت الأخرىٰ ، كما لو ادعىٰ ، فشهد اثنان علىٰ وفق الدعوىٰ ، ثم شهد آخران علىٰ هـٰذين الشاهدين من غير دعوىٰ ، فالشهادة الثانية مردودة ، لتأكد الشهادة الأولىٰ بالدعوىٰ ، وإن كنا نقبل الشهادة من غير دعوىٰ . هـٰذا منتهىٰ كلام **صاحب التقريب** في هـٰذا التفريع .

وقال **قائلون من أصحابنا** : إذا شهد اثنان من الأربعة على الباقيَيْن منهم أنهما قتلا فلاناً ، فشهد الباقيان على/ الأولين أنهما قتلاه ، فشهادة الباقيَيْن مردودة **لعلتين** : **إحداهما** ـ لأنهما يدفعان عن أنفسهما ما قرب ثبوته عليهما ، وإذا تضمنت الشهادة دفعاً ، رُدت .

ي ٢٣

والمعنى الثاني ـ أنهما صارا عدوين للشاهدين الأولين لما جرىٰ لهما ، وشهادةُ العدو علىٰ عدوه مردودة ، وهـٰذا الوجه حسنٌ فقيه ، والأولى الاكتفاء بتعليل ردّ شهادة الباقيين لكونهما دافعين ؛ فإن العداوة التي تُردّ بها الشهادة لا تثبت بهـٰذا المقدار ، والقولُ فيها من غوامض أحكام الشهادات ، وسنذكر بتوفيق الله تعالىٰ في تلك القواعد المنتشرة ما يقربها من الضبط ، ويسهل مأخذَها على الطالب ، إن شاء الله تعالىٰ .

١٠٩٧٥ـ ومما نرىٰ تقديمه على الاتصال في المسألة والخوضِ فيها اختلافٌ مشهور **للأصحاب** في أنا إذا فرّعنا على الأصح ، وقلنا : لا تُقبل الشهادة في حقوق الآدميين

من غير تقدّم[١] الدعوىٰ ، فلو ابتدر الشاهد وشهد ، ورددنا شهادته لوقوعها قبل الدعوىٰ ، فإذا ادعى المدعي ، فلا شك أنه لا نكتفي بالشهادة المتقدمة ، ولـٰكن لو استعادها فأقامها الشاهد مرة أخرىٰ ، أو أعادها ، فهل تقبل الشهادة المعادة منه ؟ فعلىٰ وجهين مشهورين ، **ولأصحابنا في إيرادهما مسلكان** :

أحدهما ـ وهو الذي ذهب إليه **الجمهور** أنا إن قبلناها ـ وهو القياس ـ فقد لغا ما تقدم ، وإن لم نقبلها معادةً ، فالسبب فيه ما ظهر من تشوّف الشاهد إلى الشهادة ، وهـٰذا يُلحق به تهمةً في مقصود الواقعة .

ثم استتم هـٰؤلاء التفريع وقالوا : إذا رددنا الشهادة المعادة ، فالمخلِّص من هـٰذا التعذر أن يتوب الشاهد عما جرىٰ له ، ويذكر أنه لا يعاود مثله ، ولا يبادر الشهادة قبل الاستشهاد ، ثم الفاسق إذا تاب ، لم تقبل شهادته حتىٰ يُستبرأ شهراً[٢] . قال **الأصحاب** : هـٰذا المبتدر يُستبرأ أيضاً ، ولا يبلغ استبراؤه مبلغ استبراء الفاسق يتوب ؛ فإن الغرض يحصل بأن يتبين لنا [تنبهه][٣] لإقامة الشهادة في حقها ووقتها [وترك][٤] ما يدل علىٰ[٥] غرضه من التشوّف والابتدار .

وهـٰذا المسلك وإن كان ظاهراً ، فليس/ علىٰ ما أوثره وأحبه . ٢٣ ش

[٦]وقال **قائلون من أئمتنا** : سبيل[٧] ردّ الشهادة المعادة أنها جرت ، فرُدَّت ممن كان على الجملة متمكناً من شهادة مقبولة ، ومن رُدّت له شهادة مقبولة علىٰ هـٰذا النعت ، فإذا أعادها ، لم تُقبل منه ، كما لو شهد الفاسق في حالة فسقه ، فرُدت شهادته ، فلو تاب وظهرت عدالته ، فأدىٰ تلك الشهادة ، لم تُقبل منه ، فكذلك القول

---

(١) ت٤ : « تعرص » .
(٢) في ت٤ : « أشهراً » . ولم أصل إلىٰ تحديد مدة الاستبراء هـٰذه في البسيط ، ولا الشرح الكبير ، ولا الروضة ، ففيها كلها إشارة موجزة إلى الاستبراء ، بدون ذكر الشهر والأشهر .
(٣) في الأصل : « شبهه » ، في (ت٤) لا تكاد تقرأ .
(٤) في الأصل : « ترك » ، وفي (ت٤) : « ونزل » .
(٥) ت٤ : « عليه » .
(٦) هـٰذا هو المسلك الثاني .
(٧) سقطت من (ت٤) .

في ابتدار الشهادة قبل الدعوىٰ مع إعادتها بعد الدعوىٰ ، وهـٰؤلاء يقولون : لا تقبل منه تلك الشهادة أبداً ، فلا ينفع قبول[١] توبته ، ولا استبراؤه ، وهـٰذا تباين عظيم بين المسلكين .

فإن قيل : هـٰذا الذي ذكرتموه ظاهر ، و[قد قلتم][٢] الأظهر قبول الشهادة المعادة من غير توبة ولا استبراء ؟ قلنا : الفرق ظاهر بين ما نحن فيه وبين الفاسق ترد شهادته ، وذلك أن الفاسق إذا ردت شهادته يلحقه غضاضة تبلغ [به][٣] الأنفة ، فقد يتهم في إعادة تلك الشهادة[٤] ، وسيأتي تقرير هـٰذا في موضعه ، إن شاء الله .

وأما من رُدَّت شهادته المقامة قبل الدعوىٰ ، فلا غضاضة عليه ، بل يقال له : ابتدرت الشهادة وأنت من أهلها ، فاصبر حتىٰ يدخل وقت إقامة الشهادة ، فإذا دخل بصدور الدعوىٰ من المدعي ، فأقمها ، وليس هـٰذا كما لو ردت شهادة الفاسق لاتصافه [بنقيصة][٥] الفسق ، والفسق مما يكتم ولا يتظاهر به ، وإذا نسب الشخص إليه حرص [علىٰ][٦] إظهار نقيضه .

ومما يتعلق بذلك أن صاحب الحق إذا تولى الدعوىٰ بنفسه بعد تقدم شهادة الأولَيْن على الآخَرَيْن ، وشهادة الآخرَيْن على الأولَيْن وقلنا : تقبل [شهادة الحسبة][٧] قبل الدعوىٰ والاستشهاد ، فإن صدّق الأولَيْن ، ثبت الحق على الآخرَيْن ، من غير حاجة إلى استعادة الشهادة ، وإن صدق الآخرَيْن ، تفرع ذلك علىٰ ما قدمناه من أن شهادتهما هل تقبل مع اشتمالها على الدفع ، وتعرضهما للعداوة ؟ فإن قبلناها ، ثبت الحق على

---

(١) ت٤ : « فلا ينفع فيه توبة ولا استبراء » .
(٢) زيادة من (ت٤) .
(٣) في الأصل : « بها » .
(٤) المعنىٰ أنه إذا ردّت شهادته فتلحقه غضاضة بانكشاف فسقه ، فإذا تاب ، وقبلنا شهادته ، فإذا أعاد تلك الشهادة المردودة ، فهو في موضع التهمة لإزالة الغضاضة التي لحقته بسبب تلك الشهادة .
(٥) في الأصل : « بنقيض » .
(٦) في النسختين : « في » .
(٧) في الأصل : « الشهادة حيث » .

الأولَيْن من غير استعادة شهادة ، وإن رددناها ، وقد رد[1] المدعي شهادة الأولين ، فيخرج من ذلك بطلان شهاداتهم .

ولو كان قد قدم/ الدعوىٰ على الآخرَيْن ، فلما شهد الآخران قَبْل الاستشهاد ، صدقهما ، فقد أبطل دعواه الأولىٰ بهـٰذا التصديق ، وهـٰذه الدعوى الجديدة باطلة [بتقرّر][2] الدعوى الأولىٰ ، فإنه إذا سبق منه قول ، فهو مؤاخذ بمقتضاه ، ومقتضىٰ قوله الأول بطلانُ قولهِ الثاني ، وهـٰذا واضح . ٢٤ ي

وأما الغرض المطلوب في هـٰذا ما قدمناه في هـٰذا الفصل .

هـٰذا كله إذا تولى المدعي الدعوىٰ بنفسه قبل الشهادات أو بعدها .

١٠٩٧٦ـ ولو كان قد وكل المدعي وكيلاً في الدم ، وما كان قد عين المدَّعىٰ عليهما ، فادعى الوكيل علىٰ رجلين قَتْلَ الشخص المطلوب ، وأقام شاهدين عليهما ، ثم شهد المشهود عليهما على الشاهدين أنهما قتلا ذلك الشخص ، فلم يوجد ممن له الحق بعدُ دعوىٰ .

فإن صدق الوكيلَ والشاهدين الأولين ، فقد استمرت الخصومة ، وإن صدق الآخرَيْن ، فله الدعوىٰ على الشاهدين الأولين ، وبطلت الدعوىٰ على الآخرين ، ويبقىٰ في شهادة الآخرين التفصيلُ الطويل المترتب علىٰ أصولٍ : منها شهادة الحسبة ، ومنها تعرضهما للدفع عن أنفسهما ، ومنها أن من ابتدر الشهادة قبل الاستشهاد ، فردت شهادته ، فإذا أعادها بعد الدعوىٰ هل تقبل ؟

فإن قلنا : شهادة الحسبة مقبولة ، فقد شهد الآخران قبل الدعوىٰ ، ولـٰكن يبقى النظر في أنهما دفعا عن أنفسهما ، فإن لم نُقم لذلك وزناً في المسألة المتقدمة ، يقع القضاء بشهادة الآخرَيْن إذا اتصل بها تصديق صاحب الحق ، من غير حاجة إلى الإعادة ، وإن قلنا : الشهادة مردودة لتضمنها الدفعَ فيه إذا تولى المدعي الدعوىٰ بنفسه ، فترد الشهادة في هـٰذه الصورة ، لأن دعوى الوكيل في ظاهر الحال مسموعة ،

---

(١) ت٤ : « يرد » .
(٢) في الأصل : « بتعذر » ، و(ت٤) : « يتعزر » . والمثبت من تصرف المحقق .

وقد ادعىٰ عليهما وشهد شاهدان علىٰ حسب الدعوىٰ ، فتضمنت شهادتهما دفعاً .

ومن أحاط بما قدمناه ، لم يخف عليه تفريع المسائل عليه ، وإن رددنا شهادة الحسبة ، فشهادة الآخرَيْن مردودة ابتداء ، فلو أعادا الشهادةَ لمّا ادعىٰ صاحب الحق حقّه علىٰ وفق شهادتهما ، فهل يقبل ذلك الآن؟ فيه التفصيل المقدم. واختلاف الطرق.

وقد أضربت عن استيعاب التفاصيل لعلمي بوضوح الغرض ، وظهور ابتناء الفروع علىٰ ما مهدناه/ من الأصول . ش ٢٤

١٠٩٧٧ـ ومن مسائل الفصل : إن شهد شاهدان علىٰ رجلين بأنهما قتلا الشخص المطلوب ، وشهد المشهود عليهما علىٰ أجنبي أنه القاتل ، [ولم يشهدا على الشاهدين][1] ، فإن كان صاحب الحق يتولى الدعوىٰ بنفسه ، فإن صدّق الأوّلَيْن ، تفصّل الكلام ، وقيل : شهادتهما لا تخلو إما أن تكون حسبةً ، أو بعد الدعوىٰ علىٰ وفق الشهادة الأولىٰ [فإن كانت بعد الدعوىٰ ، وأصرّ علىٰ تصديق الأولَيْن ، ترتب الحكم عليه ، فإن عاد ، فصدق المشهود عليهما ، فقد][2] تناقض قوله[3] ، وإن

---

(١) في النسختين : وشهدا على الشاهدين . والمثبت من كلام الغزالي في البسيط ، حيث عرض المسألة ، وقال فيها : « فشهد المشهود عليهما علىٰ أجنبي آخر أنه القاتل ، **لا على الشاهدين** » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٠٧ يمين) ، وطبعاً أثبتنا كلام الغزالي ، وإلا سيكون ما في النسختين تكراراً للمسألة السابقة .

(٢) ما بين المعقفين زيادة من عمل المحقق ، استكمالاً للتفريع ، وإقامة للعبارة ، فقد كانت العبارة في النسختين هـٰكذا : « إما أن تكون حسبة أو بعد الدعوىٰ علىٰ وفق الشهادة الأولىٰ ، ثم غيرها وقد تناقض قوله . . . » .

هـٰذا والزيادة والتعديل علىٰ ضوء كلام الغزالي في البسيط ، والأولىٰ أن نذكر المسألة بتمامها ، قال : « إذا شهد رجلان علىٰ رجلين بأنهما قتلا شخصاً معيناً ، فشهد المشهود عليهما علىٰ أجنبي آخر بأنه القاتل ، لا على الشاهدين ، فإن سبق الدعوىٰ ، عاد النظر إلىٰ شهادة الحسبة ، وإن سبق الدعوىٰ من المستحق ، وأصر على الأول ، ترتب عليه الحكم ، فإن عاد فصدق الثاني ، تناقض قوله ، وبطل بالجملة حقه .

وإن جرىٰ من وكيل لا يؤاخذ بالتناقض ، فإن صدق الآخرين ، فيتصدّى النظر إلىٰ أنهما دافعان ومبتدئان ، ولا يخفى التفريع والاستعادة في بعض الصور » . (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٠٧ يمين) .

(٣) ولهـٰذا التناقض يبطل حقه جملة .

جرت شهادة الآخَرَيْن حسبةً ثم جرىٰ تصديق أو تكذيب ، لم يخْفَ [دركُ][(١)] التناقض وما يقبل وما لا[(٢)] يقبل .

ولو كان[وكل][(٣)] وكيلاً ولم يعيّن المدّعىٰ عليه ، ثم صدق الأولَيْن ووافق الوكيلَ في دعواه ، فقد ثبت الغرض ، وإن صدق الآخرين واستعاد الشهادة ـ [إن][(٤)] لم نقبل شهادة الحسبة ـ ففي قبول شهادة الآخرين تردد مبني علىٰ ما تمهد ، فإن لم نردّ[(٥)] الشهادة لما تخيلناه من قصد الدفع ، فشهادة الآخَرَيْن مقبولة ، وإن رأينا القبولَ ، وقد ابتدر الشهادة في واقعة الوكيل ، ففي قبول شهادتهما الكلام المقدم إلىٰ تمام التفريع .

١٠٩٧٨ـ **ومن مسائل الفصل** : إن شهد شاهدان علىٰ رجلين ، كما ذكرنا ، [فشهد][(٦)] أجنبيان على الشاهدين بأنهما قاتلان ، فإن كان صاحب الحق هو المتولي للخصومة ، فإن صدق شاهدَيه الأولَيْن ، بطلت شهادة الأجنبيين ، وإن صدق الأجنبيين ، بطلت شهادة الكلّ لتناقض الدعوىٰ .

وإن أردنا فرضاً في شهادة الحسبة من الأوليين ثم من الآخرين ، لم يخف التفريع .

ولو[(٧)] فرضت المسألة في الوكيل ، هان مُدرك الكلام ، والأجنبيان غير متعرضين للدفع عن أنفسهما ، ولـٰكنهما شهدا قبل الاستشهاد ، فيتفرع عليه ما يليق به .

ومما نختتم به أن **الشافعي** رضي الله عنه صور شهادة شاهدين علىٰ شخصين ، ثم شهادة المشهود عليهما على الأولين ، ثم قال : يُراجَعُ صاحبُ الحق في التصديقَ والتكذيب ، فاختلف **أئمتنا** : فمنهم من قال : هـٰذا دليل من كلام **الشافعي** علىٰ قبول شهادة الحسبة ، فإنها لو كانت مردودة ، فالشهادتان باطلتان ، فلا معنىٰ للمراجعة ،

---

(١) في الأصل : « ترك » . والمثبت من (ت٤) .
(٢) ت٤ : « فلا يقبل » .
(٣) زيادة من (ت٤) .
(٤) زيادة من (ت٤) .
(٥) ت٤ : « نردد » .
(٦) في الأصل : « فذكر » .
(٧) ت٤ : « وقد » .

ومنهم من قال : شهادة الحسبة باطلة ، وإنما ذكر **الشافعي** مراجعة صاحب الحق لرجاء أن تبطل دَعْوَاهُ الأولىٰ بتصديق الأخرىٰ .

ي ٢٥ وهـٰذا نجاز الفصل وأطرافه/ واضحة إذا فهمت الأصول . فلم أر استقصاءها لعلمي بوضوحها ، وتبرم الفطن بتكثيرها وتكريرها .

فَصْلٌ

١٠٩٧٩ـ ذكر **الشافعي** رضي الله عنه أنه لو ادعى القتل علىٰ واحدٍ وأقام شاهدين ، فشهد أحدهما علىٰ إقراره بأنه قتله عمداً ، وشهد الآخر علىٰ إقراره بأنه قتله ، ولم يقل عمداً ، وجرت الشهادتان من الشاهدين علىٰ ما وصفناه ، فشهد أحدهما على العمد ، وشهد الثاني على القتل المطلق ، فأصل القتل يثبت ، ويبقىٰ توجيه الدعوىٰ بكونه[1] عمداً ، فإن لم يكن لوث ، فالقول قول المدعىٰ عليه أنه ما قتله عمداً مع يمينه ، فإن حلف ، فذاك ، وإن نكل ، حلف المدعي يمين الرَّد ، وثبت القود ، وإن أقمنا شهادة أحد الشاهدين لوثاً ـ علىٰ ما تقدم تفصيل القول في اللوث ـ فيقسم المدعي علىٰ إثبات العمد .

ولو ادعى القتلَ العمدَ أولاً ، فشهد أحد شاهديه علىٰ وفق دَعْواه ، وشهد الثاني علىٰ أنه قتله خطأ ، فقد اختلف جواب **القفال** في ذلك ، فقال في أحد جوابيه : لا يثبت القتل بشهادتهما لاختلافهما في صفته علىٰ حكم التصادق ؛ فهما متكاذبان ، وإذا تكاذب الشاهدان ، فالوجه سقوط الشهادتين ، وقال في الجواب الثاني : يثبت أصل القتل ؛ فإنهما تصادقا عليه ، ورجع اختلافهما إلى الصفة ، فصار كما لو شهد أحدهما على القتل عمداً ، وشهد الآخر على القتل مطلقاً .

ولو شهد أحد الشاهدين أنه قتله غُدوةً ، وشهد الآخر أنه قتله عشية ، أو قال أحدهما : قتله بالسيف ، وقال الآخر : قتله بالعصا ؛ فلا خلاف أن القتل لا يثبت بشهادتهما ؛ لأنهما شهدا علىٰ فعلين مختلفين ، وهـٰذا يؤكد أحدَ الجوابين في ذكر

---

(١) ت٤ : « وكونه » .

أحدهما العمد والآخر الخطأ ، فإن الشاهدين إذا اختلفا في الوقت أو الآلة ، فأصل القتل متفق عليه ، والتردد راجع إلىٰ شيء آخر ، فكان هـٰذا بمثابة ما لو اختلفا في العمد والخطأ .

فإن قيل : لا فصل بين المسألتين ، فما وجه قول من يقول بثبوت أصل القتل إذا ذكر الشاهدان العمد والخطأ ؟ قلنا : شهادتهما إذا اختلفا في الزمان أو الآلة متكاذبتان في أمر محسوس ، وإذا تعرضتا لذكر العمد والخطأ ، فهما مطلقان ، فقد يحسب أحدهما العمد خطأً ، وقد يحسب الثاني الخطأ عمداً ، وهـٰذا تكلف ، والأصح أن أصل القتل لا/ يثبت في تلك المسألة ، ولو شهد أحدهما أنه قتله بمكان كذا ، وشهد الثاني أنه قتله بمكانٍ آخر ، فلا يثبت القتل ، كالاختلاف في الزمان ، والآلة ، والمكان . ٢٥ ش

ثم قال **المزني** : « **ومثل هـٰذا يوجب القسامة** »[1] ، نقل ذلك بعد ذكر الاختلاف في الزمان والآلة والمكان .

وقد ذهب **المراوزة** إلىٰ تغليطه ؛ إذ قال[2] : هـٰذا يوجب القسامة ؛ من جهة أن الشاهدين متكاذبين ، وشهادتهما متعارضتان ، ولا يثبت بالشهادتين المتناقضتين لوث .

وحكىٰ **العراقيون** **نصين** في ذلك عن **الشافعي** رضي الله عنه منقولين في الكتب :

أحدهما ـ أن اللوث يثبت علىٰ ما نقله **المزني** ، فلا وجه إذاً لتغليطه وقد صح النقل ، ووجهه أنهما اتفقا علىٰ أصل القتل ، ولا يبعُد أن يغلط أحدهما لا بعينه في الوقت ، وقد تقع واقعة لا يُشك في وقوعها ، [ويتمارىٰ][3] الناس في الوقت ، واختلافهما إن أثر في القضاء[حتىٰ][4] لا يقطع بثبوت القتل ، فلا ينحط أثرهما عن [تغليب][5] الظن في وقوع القتل .

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٥٥ .

(٢) ت٤ : « وقالوا » .

(٣) في النسختين : « ويتمادىٰ » .

(٤) زيادة من المحقق . ثم (ت٤) : « يقع » مكان يقطع .

(٥) في الأصل : « تغليط » ، (ت٤) : « تغليطه » . والمثبت من تصرّف المحقق .

ومن قال : لا يحصل اللوث ، فوجهه ما قدمناه .

فالوجه إجراء القولين علىٰ ما نقله **العراقيون** .

١٠٩٨٠ـ ولو شهد شاهد علىٰ أن فلاناً قتله علىٰ حسب ما ادَّعَاه المدعي ، وشهد شاهد آخر أنه أقرّ بقتله ، فالقتل لا يثبت [في هـٰذه الصورة][(١)] ، [فلا تتفق][(٢)] الشهادة على الإقرار والشهادة علىٰ نفس القتل لاختلاف المشهود به ، واللوث يثبت في هـٰذه الصورة وفاقاً ، فإن الشاهدين ليسا متكاذبين ، ولا تناقض بينهما ، واللوث يثبت بشهادة أحدهما على الإقرار أو على القتل ، فإذا اجتمعا قوي اللوث .

ولو شهد شاهدان أن هـٰذا قتله زيد أو عمرو ، فلا شك أن القتل لا يثبت مع التردد في المشهود عليه ، ولو أراد المدعي أن يقسم [مسنداً إقسامه إلى اللوث المترتب علىٰ شهادتهما ، فالذي ذهب إليه **أئمة العراق** وغيرهم][(٣)] أن اللوث شامل لهما ، ثم إذا شملهما اللوث ، فهـٰذا القدر كافٍ في حق القاضي ، وللمدعي أن يدعي علىٰ أحدهما ، وهو مؤاخذ في حكم الله تعالىٰ بأن لا يدعي إلا علىٰ ثَبَت ، وليس عليه بعد شمول اللوث للرجلين أن يحقق لوثاً خاصاً في حق من يعينه منهما .

وقد مهدنا هـٰذا فيما تقدم .

وقد يعترض في هـٰذه المسألة شيء يوجب التردد في اللوث ، وهو أن اللوث الذي يعم/ طائفةً تصويره ظهور العداوة بين القتيل وبينهم ، مع وقوع القتل في موضع مختص [بهم][(٤)] فهـٰذا لوث شامل على التحقيق . ي٢٦

فأما إذا قال الشاهدان : قتله هـٰذا أو هـٰذا ، فالشهادة تعلقت بهما على التردد ، وموجب التردد يخصص الأمر بأحدهما ، فهـٰذا إشكال شامل ، وليس لوثاً شاملاً ، ويناظر هـٰذا ما لو ظهر عند القاضي أن أحد الرجلين عدو القتيل ، ولم يتبيّن العدوَّ منهما ، ولو كان كذلك ، لم يقطع بحصول اللوث ، فالوجه ألا يقطع بحصول اللوث

---

(١) زيادة من (ت٤) .
(٢) في الأصل : « ولا تلغو الشهادة على الإقرار » ، و(ت٤) : « ولا تتفق » .
(٣) ما بين المعقفين زيادة من (ت٤) .
(٤) في النسختين : « به » .

في مسألة الشهادة (المقامة على التردد ، والذي نقلته عن **أئمة العراق** ثبوت اللوث في مسألة الشهادة على التردد)[١] ، فلا يبعد أن يرتكبوا حصول العداوة على الإبهام .

والله أعلم .

فصل

قال : « ولو شهد أنه ضربه ملفَّفاً . . . إلىٰ آخره »[٢] .

١٠٩٨١ـ إذا ادعىٰ علىٰ واحد قَتْلَ أبيه ، وأقام شاهدين علىٰ أنه كان ملفوفاً في ثوب ، فقدّه المدعىٰ عليه بنصفين ، ولم يثبتا كونه حياً حالة القد ، فالقتل لا يثبت بهـٰذا ؛ فإن الشهادة [شرطها][٣] أن يَجزم ويُشعر بالمقصود علىٰ قطع ، والشاهدان لم يتعرضا إلا للقد[٤] ، ولـٰكن إذا ثبت القدّ المشهود به ، فلو قال الولي : كان حياً ، وقال المشهود عليه بالقدّ : كان ميتاً ، فهـٰذا ملتحق بتقابل الأصلين ؛ فإن الأصل حياةُ الملفوف المقدود من وجهٍ ، والأصل براءة ذمة القادّ من وجهٍ ، فجرى القولان فيه .

فإن قلنا : القول قول القادّ ، فلا يكون المدعي مستفيداً شيئاً من الشهادة المقامة ، وإن قلنا : القول قول المدعي فقد أفادته الشهادة قوة أوجبت تصديقه مع يمينه ، ويتنزل هـٰذا منزلة ما لو شهدت البينةُ للمدعي باليد ، فقد تفيده الشهادة أن نجعل القولَ قوله مع يمينه .

وذكر **بعض أصحابنا** قولاً ثالثاً : أن الملفوف إن كان علىٰ رباط علىٰ هيئة الأكفان ، لم يصدق المدعي ، وإن كان المقدود ملفوفاً في ثياب الأحياء ، فيصدق حينئذ مع يمينه ، وهـٰذا ضعيف لا أصل له .

ومما يتعلق بتمام البيان في المسألة أن رجلين عدلين لو رأيا/ رجلاً ملفوفاً بثوب ، ٢٦ ش

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٥٥ .
(٣) في الأصل : « طريقها » ، والمثبت من (ت٤) .
(٤) ت٤ : « للقتل » .

فقدّه إنسان على القرب ، فهل لهما أن يشهدا علىٰ أنه قده حياً حالة التلفف ؟ هـٰذا محل التردد وفي كلام الأصحاب ما يدل عليه .

والذي ذكره القاضي أن لهما أن يشهدا على الحياة ، بناء علىٰ ظاهر الأمر ، كما يشهدان على الملك المبتوت ؛ بناء علىٰ ظاهر اليد والتصرف ، ويجوز أن يقال : ليس لهما أن يشهدا ، (١ فإن الموت ١) بعد التلفف ممكن ، والاطلاع على الحياة بعد التلفف بالثياب ممكن ، وليس كالأملاك ؛ فإنه لا مستند لها إلا الظواهر .

ولم يختلف الأصحاب في أنهما لو قالا : رأيناه تلفّف بالثوب ثم قدّه فلانٌ ، فالقاضي لا يقضي بالحياة ، كما لو شهدا على اليد والتصرف ، ولم يتعرضا للملك ، فالقاضي لا يقضي بالملك ، كما سيأتي ذلك مفصلاً ، إن شاء الله تعالىٰ .

فصل

قال : « ولو شهد أحد الورثة أن أحدهم عفا . . . إلىٰ آخره »[٢] .

١٠٩٨٢ـ إذا قُتل رجل وثبت القصاص علىٰ قاتله ، وكان له طائفة من الورثة ، فقد ذكرنا في كتاب الجراح أنه إذا عفا واحد منهم عن القصاص (٣ سقط حقوقُ الباقين في القصاص ، وآلت حقوقهم إلى الدية ، ثم القول في العفو عن القصاص ٣) دون المال ، وفي العفو عن المال قد تقدم مستقصىً .

وغرضنا الآن أمر يتعلق بالإقرار والشهادة : فإذا شهد بعض الورثة علىٰ بعض أنه عفا عن القود ، حكمنا بسقوط القود ، وإن اتحد الشاهد أو كان فاسقاً مردود الشهادة ، فلم يثبت العفو بطريق الشهادة ، ولـٰكن قوله : عفا بعضُ الورثة إقرار منه بأن القصاص ساقط في حقه ، وإن اعترف بعض الأولياء بسقوط القصاص في حقه ، نفذ القضاء بسقوطه في حق الكافة .

وهـٰذا يناظر ما لو قال أحد الشريكين في العبد لصاحبه : قد أعتقت نصيبك من

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٥٥ .
(٣) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .

العبد وأنت موسر ، فإذا فرعنا علىٰ تعجيل السراية ، حكمنا بنفوذ العتق في حصة هـٰذا المدعي القائل ، فإنه يؤاخذ بحكم قوله ، وله دعوى المال علىٰ شرطه والقول قول الشريك مع يمينه ، ثم يعتق نصيب هـٰذا القائل المدعي في ظاهر الحكم بطريق/ السراية ، ولا يقع الحكم بعتق نصيب المدعىٰ عليه ؛ فإنا إنما حكمنا بالسراية في نصيب المدعي مؤاخذةً له بقوله في حق نفسه ، والسراية لا تسري ، قال **الأصحاب** : قد يتضرر الإنسان بدعواه علىٰ غيره ، وإن كان الضرر لا ينال المدعىٰ عليه .

٢٧ ي

ولو قال واحد من الورثة : عفا واحد من شركائي عن القصاص ، ولم يبين العافي ، حكمنا بسقوط القصاص ، جرياً علىٰ إقرار هـٰذا القائل ؛ فإن موجب قوله سقوط القصاص في حقه ، وإذا سقط في حقه استحال بقاؤه في حقوق الباقين .

ولو ادعى الجاني علىٰ واحدٍ منهم العفوَ عن القصاص، فالقول قول المدعىٰ عليه مع يمينه، فإن حلف، فذاك، وإن نكل، ردت اليمين على الجاني، وثبت العفو بيمين الرد.

ولو أقام بيّنة علىٰ عفوه ، ثبت العفو ، ولا بد من رجلين عدلين ؛ فإن القصاص ليس مالاً ، وما لا يثبت إلا بعدلين لا يثبت سقوطه إلا بعدلين .

ولو آل الأمر إلى المال ، فادعى الجاني علىٰ بعض الورثة العفو عن حصته من المال ، فهـٰذا يثبت بشاهد وامرأتين ؛ فإن الجناية الموجبة للمال تثبت بشاهد وامرأتين ، فيثبت سقوط أرشها بما يثبت به أرشها ، وكل ذلك يأتي مفصلاً في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

فَصْلٌ

قال : « ولو شهد وارث أنه [جَرَحه] عمداً أو خطأ . . . إلىٰ آخره »(١) .

١٠٩٨٣ـ إذا جُرح رجل وكان [مهلكاً له](٢) أو أمكن أن يسري ويُفضي إلى

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٥٥ ، وفي النسختين : « جرح » والتصويب من لفظ المختصر .

(٢) في النسختين : « لما به » والمثبت تصرف منا مع الالتزام بأقرب صورة لما هو في الأصل . وستأتي هـٰذه اللفظة بهـٰذا الرسم في باب (قطاع الطريق) وفي مثل هـٰذا السياق أي بمعنى المفضي إلى الهلاك .

الهلاك ، فلو شهد اثنان من وَرَثة المجروح أن فلاناً هو الذي جرحه ، فلا يثبت الجرح بشهادتهما ، فإنهما تعرّضا لإثبات ما يؤول إليهما ، وأثبتا السبب المفضي إلىٰ توريثهما ، وهو الجرح ، وكانت شهادتهما متضمنة جرّاً ، **والشافعي** رضي الله عنه ذكر في هٰذا الفصل الشهادة التي تُرد لتهمة الجرّ ، والتي ترد لتهمة الدفع ، ونحن [الآن][1] [نأخذ][2] في تفصيل الشهادة الجارّة .

فلو مرض الموروث مرض الموت ، وشهد له باستحقاق عينٍ أو دينٍ اثنان من الورثة ، فقد اختلف **أصحابنا** في المسألة ، فمنهم من قال : يثبت المشهود به إذا لم يكن بين الشاهد وبين المشهود له بعضية بخلاف ما ذكرناه في الجرح ، والفرق أن الجرح/ المشهود به سببٌ لموت الموروث ، ولا يتحقق مثل ذلك في الشهادة بحقٍّ للمريض . ش ٢٧

ومن أصحابنا من قال : شهادة الورثة للمريض مردودة ، فإن المرض ملتحق بالموت في حكمه ، ولهٰذا حُصرت تبرعات المريض في الثلث ضماً إلىٰ وصاياه الموقعة بعد الموت .

ولو[3] شهد اثنان على الجرح ، ولم يكونا من الورثة حالة الشهادة ، ثم صارا من الورثة بموت من يحجبهما ـ قبل موت المجروح ـ قال **الأصحاب** : الشهادة في أصلها مقبولة ، فإذا التحقا بالورثة ، نظر : فإن كان بعد نفوذ القضاء ، (٤ لم ينقض الحكم ، وإن كان قبل نفوذ القضاء ٤) لم يقض القاضي بشهادتهما ، وشبهوا هٰذا بما لو فسق الشاهدان قبل[5] نفوذ الحكم ، أو فسقاً بعد النفوذ ، فالفسق[6] لا يوجب نقضَ القضاء ، وهو قبل القضاء [يمنع][7] تنفيذ الحكم ، ولو عمي الشاهدان أو جُنّا قبل نفوذ

---

(١) زيادة من (ت٤) .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) في ت٤ : « ولهٰذا » .
(٤) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٥) ت٤ : « بعد » .
(٦) ساقطة من (ت٤) .
(٧) في الأصل : « ممتنع » ، و(ت٤) : « يمتنع » . والمثبت تصرف من المحقق .

القضاء ، لم يمتنع التنفيذ بشهادتهما ، بخلاف الفسق ؛ فإن ظهوره يورث [ريباً][١] في الاستناد إلىٰ ما تقدم ، وانطواء الضمير على الاجتراء علىٰ مخالفة الله تعالىٰ ، ولـٰكن إذا ظهر هـٰذا بعد القضاء ، لم ينقض ؛ فإن القضاء لا ينقض بالظنون ، وإذا ظهر قبل القضاء ، امتنع القاضي من تنفيذ الحكم ، فإن اعتراض الظنون يمنع تنفيذ الحكم ، وإن كان لا يوجب نقض الحكم ، وليس هـٰذا كطريان العمىٰ والجنون ؛ فإنهما [لا يُسندان][٢] إلىٰ ما تقدم تهمة ، فكان طريانهما في معنىٰ طريان الموت بعد الشهادة ، وقبل القضاء ، فإذا شهد اثنان محجوبان ، ثم صارا من الورثة قبل القضاء ، فلا يُنكر أنهما أضمرا جواز مصيرهما وارثين ، فإذا تحقق مظنونهما ، جَرّ ذلك تهمة تمنع القضاء ، ولم توجب النقض .

وفي **بعض التصانيف** أنهما إذا شهدا وهما محجوبان ، ثم صارا [وارثين][٣] قبل القضاء ، خرج ردّ شهادتهما علىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ ما قدمناه ، **والثاني** ـ الاعتبار بحالة إقامة الشهادة ولا حكم لما يطرىٰ ، وهـٰذا وإن كان غريباً ، فتوجيهه ممكن ؛ فإن تقدير الإرث فيهما محمول علىٰ موت الحاجب ، والموت/ مستبعد لا تتلقىٰ من توقعه التهمُ ، ثم من يقول : الاعتبار في شهادته بالمآل ، فلو صار وارثاً بعد نفوذ القضاء ، فالوجه عندي القطع بأن الحكم لا ينقض ، وفي هـٰذا التصنيف ما يدل علىٰ أن شهادته موقوفة ، والقضاء به كذلك إلىٰ ما يتبين ، وهـٰذا بعيد لا أصل له . ٢٨ ي

١٠٩٨٤ـ ولو شهدا ، وهما وارثان في ظاهر الحال ، ثم حدث للمجروح المشهود له ولد يحجب الشاهدين ، فالذي ذكره **جماهير الأصحاب** أن الشهادة مردودة ، ولا حكم لما يطرىٰ من بَعْد ، وفيما نقله **بعض المصنفين** ما يدل علىٰ أن الشهادة موقوفة ، وهـٰذا في هـٰذا الطرف علىٰ نهاية السقوط مع اقتران التهمة بالشهادة ، ومبنى الشهادات على اعتبار حالة الإقامة ، وأما الإقرار للورثة ، فلا يتجه فيه من اعتبار التهمة ما يتجه في الشهادة ردّاً وقبولاً فإذا ثبت هـٰذا ، فالوجه القطع بأن شهادتهما مردودة .

---

(١) كذا قرأناها بصعوبة .
(٢) في النسختين : لا يستندان .
(٣) في النسختين : شاهدين .

فإذا صارا محجوبين ، فإذا أعادا تلك الشهادة ـ وقد رددناها أولاً ـ فنردها معادة ، كما لو شهد رجل ، فردت شهادته للفسق ، ثم تاب ، وظهرت عدالته ، فأعاد الشهادة فالشهادة المعادة مردودة .

وقد يخطر للفقيه في هـٰذا المقام أن الفاسق إذا تاب ، لم نتحقق تغير حاله باطناً ، وقد تحققنا أن الوارث صار محجوباً . ولـٰكن لا حكم لهـٰذا **والأصحابُ** مجمعون علىٰ ما قدمناه ؛ لأن الذي رُدّت شهادته يُتهم بترويج الشهادة بعد طريان الحجب . هـٰذا بيان الغرض في ذلك .

ومن تمامه أنه لو شهد وارثان علىٰ جرح بالموروث ، فبرىء المجروح [واستبلّ][1] ، فهل يثبت الجرح ؟ ما صار إليه **معظم الأصحاب** أن الجرح لا يثبت لاقتران التهمة بالشهادة حالة الإقامة . ومن **أصحابنا من قال** : لا ترد الشهادة ؛ فإنها لم تكن شهادة علىٰ سبب الموت ، وهـٰذا التردد يشهد[2] بما حكيناه في طريان الحجب واعتبار المآل ، ولـٰكنه يؤدي إلىٰ إلزامه ، فإن القياس الحق [أن][3] من كان متهماً في شهادته عند إقامتها ، فلا أثر لما يطرىٰ من بعدُ .

ش ٢٨ هـٰذا مقدار غرضنا في الشهادة التي تجرّ/ نفعاً .

١٠٩٨٥ـ فأما الشهادة التي تتضمن دفعاً ، فمسائلها كثيرة ستأتي في مواضعها ، إن شاء الله تعالىٰ . والمقدارُ الذي أراده **الشافعي** هاهنا ما نصفه ، **قال رضي الله عنه**[4] : **« إذا ادعىٰ رجل قتلَ خطأ ، وأقام شاهدين علىٰ ما يدعيه ، فلو شهد اثنان من عاقلة المشهود عليه بالقتل علىٰ جرح الشاهدين ، فلا شك أن شهادتهما مردودة ، فإنهما يدفعان عن أنفسهما تحمّل العقل ، والشهادة الدافعة مردودة »** ولو شهد اثنان من فقراء عاقلة المشهود عليه ، فقد **نص الشافعي** رضي الله عنه علىٰ أنه لا تقبل شهادتهما ، وإن كانت الدية لا تضرب على الفقراء ، ونص علىٰ أن اثنين من أباعد العصبات الذين

---

(١) في الأصل : « واستقلّ » .
(٢) ت٤ : « أشهر مما » .
(٣) زيادة من (ت٤) .
(٤) ر . الأم : ٦/ ١٥ .

لا يخلص التحمل إليهم لكثرة الأدْنَيْن لو شهدا علىٰ جَرْح الشاهدين على القتل ، قبلت شهادتهما .

واختلف **أصحابنا** في المسألتين علىٰ **طريقين** : **فمنهم** من جعل في المسألتين **قولين نقلاً وتخريجاً** : **أحدهما** ـ أن الشهادة على الجَرْح مقبولة من الفقير والبعيد ؛ لأنه ليس من أهل (١ التحمل حالة الشهادة .

والثاني ـ أن ١) الشهادة مردودة ؛ فإنهما متعلقان بسببٍ يُفضي إلىٰ تحمل العقل ، والإنسان [ينظر لحاله ومآله][٢] .

ومن أصحابنا من أقر النصين قرارهما ، وفرق بين الفقير والبعيد ، فقال : تهمة الفقير متلقاة من توقع الغنىٰ ، وليس طريان الغنىٰ ، أو التوسط الذي يقتضي تحمل نصف أو ربع[٣] بعيداً عن الإمكان ، فتظهر التهمة في الحال[٤] وأما تهمة البعيد ، فمأخوذة من موت الأقربين وخلوص العقل إليهم ، والموت مستبعد في العرف ، فلا تُلقى التهم منه . وهـٰذا المعنى استعملناه[٥] في مواضع ، وفيه إشكال ؛ فإن العقل يتوهم خلوصه إلى البعيد بموت الأقربين ، ويتوهم خلوصه إليه بافتقار الأقربين ، فإن القريب إذا افتقر ، ضُرب العقل على البعيد ، فإن كان لا يبعد غنى الفقير في النص الأول ، لم يبعد افتقار الغنيّ[٦] في النص الثاني ، فالوجه طريقة القولين .

ثم ذكر الشافعي/ رضي الله عنه الوكالة في إثبات القصاص وفي استيفائه وطرفاً من أحكام الإكراه ، وأَمْر السلطان ، وكل ذلك مستقصىً في موضعه . ٢٩ ي

* * *

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٢) في الأصل : « منتظراً لحاله ومآله » والمثبت من (ت٤) .
(٣) المراد نصف دينار أو ربع دينار ، وهو المقدار الذي يضرب علىٰ أفراد العاقلة .
(٤) ت٤ : « الحسم » .
(٥) ت٤ : « استكملناه » .
(٦) ت٤ : « الغير » .

باب
الحكم في الساحر والساحرة

١٠٩٨٦ـ السحر كائن ، والشاهد له سورة الفلق ، واشتمالها على الاستعاذة بالله من النفاثات في العقد ، وقد ورد في الحديث : « **أنه سحر رسول الله صلى الله عليه وسلم في مشط ومُشاطة ، تحت راعوفة في بئر ذَرْوان** »(١) والقصة مشهورة . وقوله تعالىٰ : ﴿ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَٰنُ وَلَٰكِنَّ ٱلشَّيَٰطِينَ كَفَرُواْ يُعَلِّمُونَ ٱلنَّاسَ ٱلسِّحْرَ ﴾ [البقرة : ١٠٢] . وفي بعض الألفاظ : « **أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : السحر حق** »(٢) وروي أنه قال : « **العين حق تدخل الجمل القدر والرجل القبر** »(٣) .

ثم تكلم **الفقهاء** في تعلم السحر ، وقالوا : إنه ليس بكفر إذا لم يعتقد المرء ما يوجب كفراً ، والقول فيما يوجب الكفر وما لا يوجبه لا يليق بهٰذا الفن ، ثم قالوا : هل يكره تعلم السحر لطلب الإحاطة به تشوّفاً إلىٰ مدارك العلوم ؟ وقد يخطر

---

(١) حديث : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سحر في مُشْطٍ ومُشَاطة. . . » جزء من حديث عائشة المتفق عليه في قصة سحر لبيد بن الأعصم اليهودي للنبي صلى الله عليه وسلم (البخاري : الطب ، باب هل يستخرج السحر ، ح٥٧٦٥ ، مسلم : السلام ، باب السحر ، ح ٢١٨٩) . هٰذا (والراعوفة) صخرةٌ تترك في أسفل البئر إذا احتفرت تكون هناك ليجلس عليها المستقي حين التَّنقية ، أو تكون علىٰ رأس البئر يقوم عليها المستقي . (القاموس : ر . ع . ف) .

(٢) حديث « السحر حق » ، لم نقف عليه .

(٣) حديث « العين حق تدخل الجمل القدر والرجل القبر » أخرجه أبو نعيم في الحلية (٧/ ٩٠) ، والخطيب في تاريخه (٩/ ٢٤٤) ، وأبو بكر الشيرازي في (سبعة مجالس من الأمالي : ٨/ ٢) من حديث جابر ، وقد ضعفه السخاوي في المقاصد ، وحسّنه الألباني في الصحيحة . وحديث (العين حق) بدون هٰذه الزيادة متفق عليه من حديث أبي هريرة ، وسيأتي قريباً (البخاري : الطب ، باب العين حق ، ح٥٧٤٠ ، مسلم : السلام ، باب الطب والمرض والرقىٰ ، ح٢١٨٧) . وانظر المقاصد الحسنة للسخاوي : ٤٧٠ ح ٧٢٦ ، السلسلة الصحيحة : ٣/ ٢٥٠ ح ١٢٤٩ .

لمن يطلبه أن يميز بينه وبين المعجزات ؟ (١ اختلف **أصحابنا** : **فمنهم من قال** : يكره تعلمه ، وفي الدين شغل يلهي عن مثل ذلك ، وفي الإحاطة بحقائق المعجزات ١) ما يغني عن تعلّم السحر .

ومنهم من قال : لا يكره ، كما لا يكره تعلم مذاهب الكفرة للرد عليهم ، وقد يبغي المتعلم بتعلم السحر درءَ ضرار عن نفسه .

ثم انتهىٰ **الشافعي** رضي الله عنه في إثبات السحر ، والحكم بكونه حقاً إلىٰ تعليق القصاص به ، فقال : إذا زعم زاعم أنه سحر رجلاً ، وذكر أن[٢] سِحْره يقتلُ لا محالة ، أو يؤدي إلى القتل غالباً ، فهـٰذا إقرار منه بما يوجب القصاص ، فيتوجه القصاص عليه وإن قال : قد سحرته ومات من سحري ، ولـٰكن سحري لا يقتل غالباً ، واتفق الهلاك منه ، فهـٰذا اعتراف منه بشبهة العمد ، والدية لا تضرب علىٰ عاقلته ، إلا أن يقروا بما أقر به .

وإن زعم أنه أخطأ من اسم إلى اسم ، فهـٰذا اعتراف منه بالخطأ ، والقول/ كما ذكرناه. ٢٩ ش

والفرق بين القسمين التغليظ والتخفيف في الدية . هـٰذا **مذهب الأصحاب** .

وتبين مما ذكرناه أن لا سبيل إلىٰ إثبات السحر القاتل ببينة ؛ فإنه لا مُطلع عليه إلا من جهة الساحر ، فلا يتلقىٰ ثبوته إلا من إقرار الساحر . وهـٰذا قانون المذهب .

وحكىٰ **العراقيون** عن **أبي جعفر الإستراباذي**[٣] قال : السحر تخييل لا أصل له ،

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .

(٢) عبارة (ت٤) : « وذكر أنه زعم أنه سحره بقتل لا محالة » .

(٣) في (ت٤) : أبو جعفر الترمذي ، وفي نسخة الأصل صوّبت من أبي جعفر الترمذي إلىٰ أبي جعفر الإستراباذي ، وهـٰذا هو الصواب ؛ فهو صاحب هـٰذه المسألة ، وعُرف بها ، حكاها عنه من ترجم له كالإسنوي ، وابن قاضي شهبة ، وابن الملقن ، ونسبها إليه صاحب المهذب ، وصاحب التهذيب ، والرافعي في الشرح الكبير ، والنووي في الروضة ، وقال ابن قاضي شهبة في طبقاته : « حكاها الإمام عن رواية العراقيين عن أبي جعفر الترمذي » .
وقد تابع الغزالي في الوسيط الإمامَ فنسبها لأبي جعفر الترمذي .
ولا يُدرىٰ هل صُحّفت في نسخ النهاية ، أم وهم من نقلها من العراقيين وأخذها عنه الإمام ، والله أعلم بما كان .

=

ولا يناط به قصاص ، ولا غرم ، وهـٰذا غريب غير معدود من المذهب .

١٠٩٨٧ـ والذي يجب إنعام النظر فيه الإصابة بالعين وقد توافت الحكايات فيها ، حتىٰ بلغت مبلغاً لا يقصر عن الخبر الذي ينقله المعتمدون ، وصح أن الرسول عليه السلام قال : « **العين حق** »[١] وبلغنا أن في الناس من يعتمد ذلك ولا يخطىء .

ولست أرىٰ له حكماً ، بخلاف السحر ؛ فإن العين إن أصابت ، لم تلتحق بالأسباب التي تعد من أسباب الهلاك ، وقد ذكرنا أن من صاح ببالغٍ عاقل ، فسقط من سطح ، لم يلتزم ضماناً ، وليس اتفاق هـٰذا من المنكرات ، ومن نظر وهو صائم إلىٰ من تتوق نفسه إليه فأمنىٰ ، لم يفسد صومه ، فهـٰذا ما يجب القطع به .

١٠٩٨٨ـ ثم قال الشافعي رضي الله عنه : « **لو قال الساحر : أمرضه سحري ، ولم يمت به ، وإنما مات بسبب آخر** » ، **قال الشافعي** : « **أقسم أولياؤه ، وصار ما أقرّ به من المرض لوثاً في القتل** »[٢] ، وهـٰذا مشكلٌ يُحْوِج إلى البحث ؛ فاللوث إنما يتعلق به إذا ثبت أصل القتل ، هـٰذا وجه .

= والإستراباذي هو أحمد بن محمد المعروف بأبي جعفر الإستراباذي ، من أصحاب الوجوه في المذهب ، ومن كبار الفقهاء والمدرسين ، وأجلة العلماء المبرزين ، وهو من أصحاب ابن سريج ، وعلّق عنه تعليقاً في غاية الإتقان . والإستراباذي منسوب إلىٰ بلدة معروفة بخراسان ، وقد ضبطه النووي في التهذيب بكسر الهمزة وبسين مهملة ساكنة ثم تاء مثناة من فوق مكسورة ، وكذا السمعاني في الأنساب وضبطه ياقوت في معجم البلدان بالفتح ثم السكون ثم فتح التاء ، أما ابن باطِش فضبطه في غريب المهذب بكسر فسكون ثم فتح التاء .

أما وفاة الإستراباذي فلم نجد من ترجموا له ذكروا سنة وفاته ، بل وجدنا الإسنوي يقول : لم أقف له علىٰ تاريخ وفاة .

ومما يلفت النظر أن من ترجموا له لم يذكروا له اسماً ، إلا ابن هداية وعنه أخذنا اسمه واسم أبيه ، وكانوا يقتصرون على الكنية واللقب . ومما يلفت ـ أيضاً ـ أن السبكي لم يترجم له ، علىٰ جلالته ومنزلته في المذهب .

(ر . طبقات العبادي : ٨٥ ، تهذيب الأسماء : ٢/٢٠٢ ، الإسنوي : ١/٤٨ ، ابن قاضي شهبة : ١/ ١٣٤ ، ابن هداية : ٨٤ ، المغني في الإنباء عن غريب المهذب والأسماء لابن باطيش : ٤/ ٤٣٢) .

(١) حديث « العين حق » مرَّ قريباً .

(٢) ر . المختصر : ٥/١٥٦ .

وقد يعترض عليه أن الذي مات وعلىٰ بدنه أثر قد يمكن تقدير موته(١) حتف الأنف ، ثم القسامة تثبت .

والسؤال الذي يجب التدبر فيه أنا قدمنا في مسائل الجراح أن من جرح رجلاً ومات المجروح ، ثم اختلف الجاني وولي الميت ، فقال الجاني : مات بسبب آخر ، وقال الولي : مات بالجراحة ، فالتفصيل فيمن يصدق منهما مقرر في موضعه ، ولم يجر فيه ذكر القسامة .

فإن كان إقرار الساحر بترتّب المرض علىٰ سحره لوثاً في القتل ، يسلَّط المدعي ـ وهو الولي ـ على الإقسام/ ، فيجب مثله في الجرح ، وادعاء سرايته لا محالة ، فإن امتنع الإقسام في مسألة الجرح ، فلا شك في امتناعه هاهنا . ٣٠ ي

١٠٩٨٩ـ وينتظم من هـٰذا المجموع نصٌّ وتخريج في أن الاعتراف بسبب القتل مع ادعاء وقوع الموت بسبب آخر هل يُثبت حقَّ القسامة للمدعي ؟ النصُّ أنه يُثبت ، وفي المسألة قول آخر مخرّج أنه لا يثبت حق القسامة .

وهـٰذه المسألة إنما تصفو إذا تجدد العهد بالصور المذكورة في اختلاف الجارح وَوَلي المجني عليه ، والفصل بين أن يقصر (٣) الزمان ، وبين أن يطول وإذا طال ، فالفرق بين أن يبقىٰ زَمِناً صاحب فراش(٢) ، وبين ألا يكون كذلك ، ثم في (٣) بعض الصور نجعل القول قول الولي ، وعند ذلك يقوىٰ جانبه ، وإذا قوي جانبه حتىٰ أوجب ذلك تحليفَه ، فيقوىٰ جداً أن يكون هـٰذا قسامة ؛ حتىٰ تتعدّد الأيمان ، ومن لم يجعله قسامة ، فإن كانت اليمين في جانب مدعي الدم ، ففائدته القطع بوجوب القصاص ، وترديد الرأي في أن اليمين تتحد أم تتعدد ، والظاهر أنه مظنة القسامة .

ثم يؤول تحصيل هـٰذا إلىٰ أن اللوث إذا ثبت في أصل الجرح أو في أصل القتل من غير تصادق علىٰ سبب ، فهـٰذا موضع القسامة قطعاً ، ويتحقق هـٰذا بأن مثله لو وقع في مالٍ ، لم يجر فيه البداية بالمدعي .

---

(١) في الأصل : « تقدير فرض موته » .

(٢) صاحب فراش : أي طريح الفراش .

(٣) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .

وإذا صار السبب المفضي إلى الهلاك [متفقاً][١] عليه ، وأمكن تقدير سبب آخر ، وهـٰذا يتميز [بأن مثله][٢] يفرض في المال ، فإن من جرح بهيمة ، واعترف بجرحها ، وادعىٰ أنها هلكت بسبب آخر ، فقد يُصَدَّق مالك البهيمة ، والتفاصيل كلها كالتفاصيل في الآدمي المجني عليه ، ولو كان هـٰذا من صور القسامة ، لما جرىٰ في المال ؛ فإذا ثبت مثل هـٰذه الصورة في الدم[٣] اعترض فيه النص والتخريج ، ثم على التخريج وهو القياس إذا حلف يحلف خمسين أم لا ؟ فعلى الخلاف ، وهـٰذا يخرج في كل خصومة ، والدليل عليه أنا حيث بدأنا بالمدعىٰ عليه في الدم نذكر قولين في تعديد اليمين ، وإن جرينا علىٰ قياس سائر الخصومات ، وإذا كنا نجعل القول [قول][٤] الجاني في بعض الصور ، فهو مدعىٰ عليه ، وفي تعدد اليمين على المدعىٰ عليه **قولان** .

ش٣٠ والذي يجب القطع به تنزيل الاعتراف/ بالإمراض بالسحر منزلة الاعتراف بالجرح . والله أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) في الأصل : « سفقاً » .

(٢) في الأصل : « بأمثلة » .

(٣) الصورة المشار إليها هي إذا صار السبب المفضي إلى الهلاك متفقاً عليه ، وأمكن تقدير سبب آخرَ ، وفيها قد يُصدَّق المدعي ويجعلُ القول قوله مع يمينه ـ فعلى القول المخرج بأن هـٰذا لا يُعدُّ لاثاً ـ فهل إذا حلف يحلف يميناً واحدة ، أم نُراعي تعظيمَ أمر الدماء ؛ فيحلف خمسين يمينا ؟ فيها خلاف .

(٤) في الأصل : « القول من الجاني » .

[كتاب الجنايات الموجبة للحدود والعقوبات][(١)]

باب
قتال أهل البغي

قال الشافعي : « قال الله تعالىٰ : ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ﴾ الآية [الحجرات : ٩] »[(٢)] .

١٠٩٩٠ـ هـٰذه الآية تنبه علىٰ أحكام البغاة ، وإن كان الكتاب في الخارجين على الإمام ، ومضمون الآية في الطائفتين تبغي إحداهما على الأخرىٰ ، والإمام يرد الباغية منهما وليس بغيها على الإمام ، وإذا كانت الباغية [طائفة تقاتل أخرىٰ][(٣)] ، فالباغية على الإمام [أولىٰ بذلك .

ومقصود الكتاب بيان أحكام الله تعالىٰ في فئة تفارق الجماعة ، وتسل اليد عن ربقة الطاعة ، وتبغي على الإمام الحق][(٤)] ولا مطمع في ذكر أوصاف الأئمة وما تنعقد

---

(١) هـٰذا العنوان من عمل المحقق أخذاً من صنيع الغزالي في البسيط ، ومراعاة للتفصيل والتبويب للفقه ؛ فليس قتال البغاة باباً من الكتاب الذي قبله .
ثم نلفت النظر إلىٰ أن الإمام أخرج الردّةَ من الحدود ؛ لأنه سيضع كتاباً للحدود بعد الفراغ من الردة مباشرة .
وبهـٰذا التقسيم تكون الجنايات قسمت إلىٰ كتابين : كتاب الجنايات الموجبة للقصاص والديات ، ثم كتاب الجنايات الموجبة للحدود والعقوبات .

(٢) ر . المختصر : ٥/١٥٦ .

(٣) في الأصل : « طائفة تقاتل أهل البغي » و(ت٤) : طائفة تقاتل البغي . والمثبت عبارة الرافعي في الشرح الكبير .

(٤) ما بين المعقفين زيادة من (ت٤) .

الإمامة به ؛ فإن القول في هـٰذا يتعلق بفنٍّ مقصود ، والقدر الذي يجب الاكتفاء به ذكرُ الإمام العادل ، والخروج عن طاعته الواجبة .

ثم أول ما نصدر الكتاب به نقلُ ما ذكره **الأصحاب** في صفة البغاة ، وقد نُحْوَج[١] في هـٰذه التوطئة إلى الخروج عن ترتيب مسائل (**السَّواد**) حتىٰ إذا انتظمت القاعدة ، عدنا بعدها إلى الترتيب .

وقد قال **الفقهاء** : البغاة هم الذين يستجمعون **أوصافاً** : **إحداها** ـ التمسك بتأويل مظنون يزعمون أنه حاملهم على الخروج على الإمام والانسلال عن متابعته ، هـٰذا لا بد منه . **والثاني** ـ أن يرجعوا إلىٰ شوكة ومَنَعة ، فهـٰذان معتبران .

وقال **معظم الأئمة** في الطرق : يشترط أن ينصبوا إماماً بينهم ، ويُسندوا إليه أحكامَهم ، ويصدر عنه نصبُ القضاة والولاة ، وذكر **العراقيون** هـٰذا وحكَوْه عن **بعض الأصحاب** ، ثم زيّفوه ، وزعموا أنه لا يشترط أن ينتهىٰ بَغْيُهم إلىٰ نصب إمام .

وذكروا وصفاً آخر فقالوا : من أوصاف البغاة ألا يكونوا في قبضة الإمام ، ثم فسروا ذلك بألا يكونوا بمكان يحيط بهم جند الإمام من جوانبهم ، والشرط أن يكونوا علىٰ طرفٍ لا يحيط به نَجْدة الإمام . هـٰذا ما ذكروه .

١٠٩٩١ـ ولا بد من تتبع ما ذكره **الأصحاب** : فأما النجدة ، فقد اعتبرها الكافة ، ولا احتفال بفئة باغية ، لا شوكة لها ، فإن فرض ذلك ، فهم معرضون لعقابٍ/ يرّدهم إلىٰ سمت الطاعة ، ولا اطلاع علىٰ ما نحاول أو نُنجز الفصلَ ؛ فإنا في ذكر أوصافٍ مرسلة . [ونحن نتعرض بعدُ للأحكام][٢] التي يتميز بها البغاة عن غيرهم ، وإذا أشبعنا القول في الأوصاف أتبعناها جملاً من أحكام البغاة ، فإذ ذاك يتمهد أصل الكتاب . ي ٣١

ثم الشوكة المرعيّة عُدّةٌ يفرض مقاومة الإمام بها ، ومن أحاط بالسياسات ، لم يخف [عليه][٣] أنه إذا تجمع آلاف من أهل النجدة[٤] ، فإن القتال والظفر والهزيمة فيه

---

(١) ت٤ : نخرج .
(٢) في الأصل : « فلسنا نتعرض لنقض الأحكام » .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .
(٤) وعبارة (ت٤) : « لم يحقر آلاف من أهل النجدة » .

لا تجري مجرىٰ سياقة رجلين في صراع أو غيره من وجوه التقاوم ؛ فإن ذلك في الآحاد علىٰ قدر القوىٰ [والجرأة][(١)] والنصرة ، وإذا التقى الجند ، لم تكن النصرة والهزيمة علىٰ قياس تقاوم الآحاد ، سيّما إذا اتفقت طائفة ضخمة ذات شوكة ، واتحدت كلمتها ، وصحت طاعتها لمتبوعها . هـٰذا معنى الشوكة .

ثم الذي يجب القطع به أن الشوكة لا يعقل ثبوتها إذا لم يَقْدُم القوم متبوعٌ مرجوع إليه ؛ فإن رجال النجدة وإن كثروا ، فلا شوكة لهم إذا كانوا لا يجتمعون علىٰ رأي ، فهـٰذا معنى الشوكة .

١٠٩٩٢ـ وأما التأويل فينبغي أن يكون [محتملاً][(٢)] ، ثم تحقق [عندنا اضطراب **المحققين** من أهل الأصول][(٣)] في أن ذلك التأويل يجب أن يكون مظنوناً لا يتطرّق إليه قطع[(٤)] ، ويقع في مثله اختلاف **الأصوليين** في تصويب المجتهدين أم يجوز أن يكون بحيث نعلم[(٥)] بطلانه ، ولـٰكن وجه القطع مشتبه عليهم .

فقال **قائلون** : إذا كان التأويل باطلاً قطعاً ، فليسوا بغاة ، وإن كان يتوصل القطع إلىٰ بُطلانه فهم بغاة ، وقال **آخرون** : يثبت لهم أحكام البغاة وإن كان ما استمسكوا به من التأويل باطلاً قطعاً .

وهـٰذا يلتفت الآن إلىٰ مقام عظيم ، فيما كان **معاوية وأصحابُه** مستمسكين به ، مع إطلاق العلماء أقوالهم بأنهم بغاة ، وهـٰذا مخاض [لا نخوض][(٦)] ، ولسنا للتشاغل

---

(١) ساقطة من (ت٤) .

(٢) في النسختين : « مختلاً » ، والمثبت تقدير منا علىٰ ضوء التفصيل الآتي ، وقوله : « يجب أن يكون مظنوناً » .

(٣) في الأصل : « عند رأي واضطراب السير المحققين » كذا تماماً ، والمثبت من (ت٤) .

(٤) ت٤ : « لا يتطرق إلىٰ قطعه قطع » .

(٥) ت٤ : « أم يجوز بحيث أن يعلم » .

(٦) في الأصل : « بحصں » (بدون نقط) ، (ت٤) : « وهـٰذا محلص لا بحصں » (بدون نقط) . والمثبت مما نقله الرافعي عن الإمام (ر . الشرح الكبير : ١١/٧٩) ثم الفعل (خاض) أصل ألفه الواو ، فكيف رُسم في النسختين « تخيض » (علىٰ ما هو ظاهر من أنّ التصحيف هو في إهمال المعجم) .

به . فإن قلنا : يشترط أن يكون التأويل مظنوناً لا يتطرق العلم إلىٰ درك فساده وصحته ، فيلزم لا محالة الحكم بأن ما تمسك به **معاوية** في [سلّ اليد][١] عن الطاعة كانت إصابته مظنونة فيه .

ش ٣١ وإن جوزنا أن يكون التأويل باطلاً قطعاً ، فيشترط أن يكون البغاة المتمسكون/ به علىٰ اعتقاد الصحة فيه ، (٢ ولا يمتنع اجتماع فئةٍ ٢) كثيرة علىٰ معتقدٍ باطل .

فلو تبين لنا أن أهل البغي عالمون ببطلان ما يظهرونه ، فليسوا متمسكين بالتأويل .

وأما ما ذكره **العراقيون** من اشتراط كون البغاة علىٰ طرفٍ[٣] ، فلست أرىٰ لذلك تحصيلاً ، إلا أن يحمل علىٰ وَهاء الشوكة ؛ فإن إحاطة الأجناد ببلدة البغاة قد توهي شوكتهم من حيث إنهم يؤتون من جوانبهم ، ولو كانوا علىٰ طرفٍ ، لم يتأتَّ هـٰذا ، فيؤول ذلك إلى اعتبار الشوكة ، فهي المعتبرة إذاً .

١٠٩٩٣ـ ولو بلغ عددهم مبلغاً كثيراً بحيث لا يبعد مقاومتهم أجناد البلاد من جوانبهم ، فيجب الحكم بثبوت الشوكة وإبطال أثر الإحاطة .

وينشأ من هـٰذا المنتهىٰ مسألة اضطرب فيها رأي الخائضين في أحكام الإمامة والبغاة ، والخارجين على الأئمة ، وهي أن طائفة لو بغَوْا ، وكانو في عدد لا يقاومون به أجناد الإسلام الحالّين[٤] تحت راية الإمام ، ولـٰكنهم تقوَّوْا بمكانٍ حصين يعسر استنزالهم منه ، فهل يثبت لهم حكم الشوكة علىٰ قلة عددهم ، لاعتضادهم بحصونهم وصياصيهم ؟ فقال **قائلون** : يثبت لهم حكم الشوكة لتصور استقلالهم بأنفسهم ، ولا فرق بين أن يعتضدوا بكثرة في العدد وبين أن يستمسكوا بمكان ، وقال **آخرون** : لا يثبت لهم حكم البغاة ؛ نظراً إلىٰ قلّتهم .

والتحقيق فيه أنهم إذا قلّوا في أنفسهم لم يعظم خطر ما يتعطل فيهم من الأحكام ،

---

(١) مكان كلمة غير مقروءة بالأصل .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (ت٤) .
(٣) المعنىٰ أن يكونوا في طرفٍ أي ناحية من نواحي الدولة ، وليسوا في وسطها ، بحيث يحيط بهم جند الإمام .
(٤) ت٤ : « الجارين » .

وإنما غرضنا بإثبات مرتبة البغاة تنفيذ الأحكام والأقضية ، علىٰ ما سيأتي في أثناء الفصل ، وإنما ينفذ ذلك منهم إذا عظم العدد ، واستولَوْا علىٰ قُطر[1] كبير من الخِطة يحوي أمماً ، فلو تعطلت أحكامهم ، لعظم الضرر ، وتفاقم الخطر علىٰ من لا يتصف بالبغي من الرعايا الواقعين في قبضة المستَوْلين .

والأولىٰ عندنا أن نفصّل القولَ في ذلك : [ونقول][2] : إن تحصنوا بحصن علىٰ فوهة الطرق ، وهم [يحوون ما وراءهم من القطر المتسع][3] ، فالحصن نجدةٌ عظيمة نازلة منزلة العدد والقوة والعدة/ ، والنظر إلىٰ إثبات الضرار في جمع من المسلمين ، ٣٢ ي وإذا وقع ما تحصنوا به ببلدة من البلاد ، وكانوا لا يستولون علىٰ خِطة بسبب الحصن [فلا][4] يثبت لهم حكم البغاة ، وسنذكر أحكام أمثالهم[5] إن شاء الله تعالىٰ ، ولا خلاف أنه لو [تحزّب][6] من رجال القتال المرموقين[7] عدد يسير ، وكانوا [يقوون][8] بفضل القوة علىٰ مصادمة الجموع الكثيرة ، فهم علىٰ عدة تامة .

هـٰذا قولنا في التأويل والشوكة .

١٠٩٩٤ـ فأما اشتراط نصبهم إماماً فهـٰذا فيه اضطراب عظيم **لأرباب الأصول** ، وقد حكيت اختلاف **الفقهاء** فيه ، ولا مطمع في إنهائه إلى الحدود التي ينتهي الكلام إليها في هـٰذا الكتاب ، ولـٰكنا نذكر مقداراً يقع الاستقلال به : فأما من شرط أن ينصبوا إماماً ، فمعتمده في ذلك أن الإمام إذا لم يكن ، فتولية الولاة والقضاة لا مصدر لها ؛

---

(١) قُطر : أي ناحية وجانب .
(٢) في النسختين : « ويقال » .
(٣) في الأصل : « يجدون ما وراءهم من القطر المنيع » والمثبت من (ت٤) .
(٤) في النسختين : « ولا » .
(٥) ت٤ : « البغاة » .
(٦) في الأصل : « عرف » ، (ت٤) : « حدث » ، والمثبت من الشرح الكبير ناقلاً إياه عن الإمام . هـٰذا وقد كانت نسخة الأصل : (تحدب) فصوّبت في الهامش إلىٰ (عرف) .
(٧) نقلها الرافعي : المنعوتين بالشجاعة .
(٨) في الأصل : « يقعون » .

فإن القاضي لا ينتصب بنصب الرعايا ، وإنما إلى الناس نصب إمام ، ثم تصدر[١] التفاصيل عن رأيه ، فانعقاد الإمامة بطريق التبعية ، ولا يتصور [تولية][٢] قاضٍ ببيعة ، وهٰذا [القائل][٣] يلتزم أمراً تثور فيه نفوس الخائضين في الإمامة ، وهو أن يدعي أن **معاوية** كان تصدّىٰ للإمامة في زمن **علي** رضي الله عنه . وقد استفاض أنه ما باح بالتصدي لإمرة المؤمنين إلا بعد قتل **علي** رضي الله عنه .

ومن قال : لا يشترط أن ينصبوا إماماً ، احتج بأنهم ربما لا يَلْقَوْن بين أظهرهم من يستجمع شرائط الإمامة ، فيؤدي اشتراط نصب الإمام إلىٰ تعطيل حقوق المسلمين ، ثم هٰذا القائل يحمل جميع أحكامهم وقضاياهم علىٰ ما تحال عليه الأحكام عند شغور الدهر عن الإمام ، وفيه كلام طويل ، فيجب الانكفاف عنه ، والاكتفاء بهٰذا المقدار .

هٰذا قولنا في طوائف البغاة ، والمقصود بعدُ منهم لا يتبين إلا بأن نذكر مجامع أحكام البغاة ، ثم يتبيّن مجاري تلك الأحكام عند اختلال الشرائط المرعية في البغاة ، ثم نذكر بعد ذلك تفصيلَ الكلام فيمن يقاتلهم الإمام ، ثم نبين الأسباب المثبتة للقتال .

١٠٩٩٥ـ فأما جوامع القول في أحكام البغاة ، فمنها أنه ينفذ قضاء قاضيهم إذا وافق الشرع ، وإذا استوفَوْا حدوداً وأقاموها/ علىٰ مستحقيها بحقها ، وقع الاعتداد بها ، وإذا استوفَوْا الزكوات ، وقعت موقعها ، وكذلك إذا استوفَوْا الجِزَىٰ[٤] والأَخْرِجة ، فالحكم ما ذكرناه ، وكذلك استيفاء أخماس الغنائم ، والفيء . (ش ٣٢)

أما الحدود ، فلا تثنّىٰ بعد إقامتها ، والزكوات مصروفة إلىٰ مستحقيها ، فلا كلام فيها ، والأموال المرْصدة للمصالح إذا صرفت إلىٰ وجوهها بحقها ، فهي واقعة موقعها ، وأما المغانم والزكوات ، فأربعة الأخماس منها للغانمين ، لا تعلّق لها بالولاة ، والخمس منها ، ومن الفيء ينقسم القول في مصارفها ، فما يصرف إلىٰ مستحقين موصوفين في كتاب الله تعالىٰ ، فسبيله سبيل الزكوات ، وأما ما يصرف إلى

---

(١) في الأصل : « ثم نصدر إلى التفاصيل » .
(٢) في الأصل : « برأيه » .
(٣) زيادة من (ت٤) .
(٤) الجِزىٰ : جمع جزية .

المرتزقة إذا فرقها والي البغاةِ علىٰ جنود أهل البغي ، فقد اختلف **العلماء** فيه ، **وللفقهاء** تحويمٌ علىٰ هـٰذا التردد ، فقال **قائلون** : لا تقع تلك الأموال موقعها ؛ فإنا لو حكمنا بوقوعها الموقع ، لكان ذلك إعانة على البغي ، وتمهيداً للاستعداد لمخالفة الإمام .

ومنهم من قال : إنها تقع الموقع ؛ فإنهم جنود الإسلام ، ولو ثارت طائفة من بلاد الكفر ، لطاروا إليها ، والرعب[١] منهم قائم في نفوس الكفار . وهـٰذا في نهاية الاحتمال [وقرّب][٢] **بعضُ المحققين** القول فيما يتلفونه[٣] علىٰ أنفسهم علىٰ ترتيب صرف المال إلى المرتزقة من القول فيما يتلفون على الإمام [وجنده][٤] في الحروب ، فإنا بإسقاط الغرم [عنهم][٥] في حكم [من][٦] يقرّرهم علىٰ ما هم فيه ، ويخفف عنهم عناء المغارم . فهـٰذه جمل من أحكامهم .

١٠٩٩٦ـ ثم إنا نذكر بعد ذلك [بيان][٧] ثبوت هـٰذه الأحكام وانتفائها إذا اختل شرط من الشرائط المعتبرة ، فنقول : إذا تمسك قوم بتأويل ولا نجدة لهم ، فلا يثبت لهم القتال بالأمور التي ذكرناها أصلاً . نعم ، لو كان منهم من يصلح لأن يحكم فحكّموه ، فهـٰذا مما اختلف القول فيه ، وهو جارٍ في آحاد المسلمين الذين هم تحت الطاعة ، والفقه فيه إذا لم يكن لهم نجدة ، فالطاعة مستمرة عليهم ، وما يبدونه إذا استخلَوْا بأنفسهم هذيان [يُعزَّرون][٨] عليه .

وغرضنا الآن أن/ نبين انتفاء الأحكام عنهم وسنذكر ما يتصل بهم من رأي الإمام . ٣٣ ي

فأما إذا عظمت الشوكة ، ولم يكن لهم تأويل أصلاً ، فالذي أطلقه **الفقهاء** أنه

---

(١) (ت٤) : « والركب » .
(٢) في الأصل : « وخرّج » .
(٣) يتلفونه : أي ينفقونه . كما هو في (ت٤) .
(٤) في الأصل : « وحده » .
(٥) في النسختين : « منهم » .
(٦) زيادة من (ت٤) .
(٧) في الأصل : « أن » .
(٨) في الأصل : « يصفعون » ، وفي (ت٤) : « يصيعون » (كذا بهـٰذا الرسم والنقط) ، والمثبت تصرف من المحقق علىٰ ضوء كلام الرافعي في مثل هـٰذه المسألة .

لا تنفذ أحكامهم ؛ فإن عماد البغي التأويل ، وكأنهم إلىٰ أن يُكشف الحق لهم معذورون [فيما][(١)] أضمروه من التأويل ، وليس هٰذا الطرف مضطرب[(٢)] **الفقهاء** ، فإنا إذا فرضنا خلوّ ناحية عن نظر الإمام بسبب [استيلاء][(٣)] أصحاب العُدَد ، فلو عطلنا أحكامهم ، لتفاقم الضرر ، وهٰذا في القطر بمثابة ما لو خلا العصر عن صالحٍ للإمامة ، وقد مهدنا أصول ذلك في **المجموع** الملقب (**بالغياثي**) .

فأما إذا لم ينصبوا إماماً ، فقد أشرنا إلىٰ ما فيه مقنع في هٰذا الطرف .

فهٰذا بيان أحكام الذين لا يستجمعون الشرائط المعتبرة في أهل البغي .

١٠٩٩٧ـ ثم نذكر بعد هٰذا تمهيد القول في الذين يقاتلهم الإمام من طوائف المسلمين ، أما أهل البغي ؛ فإنه يقاتلهم علىٰ تدريجٍ نَصفُه ، فالوجه أن يبعث إليهم عاقلاً فطناً رقيقاً ، ويقول لهم عن الإمام : ماذا ينقمون ؟ فإن ذكروا مظلمةً ردّها ، ولا يألوهم نصحاً ، ويقول : عودوا إلى الطاعة ، تكن كلمتكم وكلمة أهل الدين واحدة ، فإن فاؤوا ، فذاك ، وإلا آذنهم بقتال ، ولا يحل له أن يَبْغَتَهم به ، لما سنصفه .

وهٰذا الترتيب بيّن في قوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ ﴾ [الحجرات : ٩] والمراد إن طلبت مزيداً بعد وضوح حجة الله ، فقاتلوا التي تبغي حتىٰ تفيء إلىٰ أمر الله ، علىٰ ما سيأتي الشرح في دفع الصائل ، في بابٍ ، إن شاء الله ، ومن آثار قتال الدفع[(٤)] الاقتصارُ على الأدنىٰ[(٥)] فالأدنىٰ ، فإذا أمكن الدفع بالقول ، فلا معدل عنه ، وإذا أمكن الدفع باليد من غير شهر السلاح ، فيجب الاقتصار على الأقل .

وظاهر هٰذا قد يخيّل إلى المبتدي أنا لا نسير لهم ، وليس كذلك ؛ فإن الإمام إذا

---

(١) في الأصل : « ما » .
(٢) ت٤ : « من مضطرب » .
(٣) في الأصل : « أثبته » .
(٤) في هامش الأصل : « قتال دفع الصائل » . في نسخة أخرىٰ .
(٥) ت٤ : « الأخرىٰ » .

آذنهم بالحرب ، سار إليهم ، والسبب ، فيه أنه يدفعهم عن[١] القطر الذي استولَوْا عليه . هـٰذا وجهٌ ظاهر ، فإن انكشفوا عنه ـ وكلمتهم واحدة بعدُ ـ اتبعهم بنفسه أو بجنوده ، فإن قيل عن ماذا يدفعهم وقد انكشفوا ؟

قلنا : الطاعة محتومة عليهم ، وهم مطلوبون بها ، وعليهم بذلُها للإمام ، فإذا أبدَوْا/ صفحة الخلاف ، كانوا منزَلين منزلة مانعٍ أمراً للإمام طلبه منهم ، وإذا فرض ٣٣ ش الامتناع فيما هـٰذا[٢] سبيله ، فليس إلا أن يستسلموا أو يقاتلوا ، وقد جعل الرب سبحانه وتعالىٰ منتهى القتال مع الفئة الباغية الفيئة إلى الطاعة ، فقد قال عز من قائل : ﴿ فَقَـٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ﴾ [الحجرات : ٩] وسنعقد فصلاً مفرداً في كيفية مقاتلتهم ، وإنما نحن الآن في عقد الجُمل وتوطئة الضوابط .

١٠٩٩٨ـ والذي يقتضي الترتيب ذكرَه الآن القولُ فيما[٣] تتلفه الفئة العادلة في القتال على البغاة ، وفيما تتلفه[٤] الفئة الباغية علىٰ أهل العدل ، فنقول : لا خلاف أن ما يتلفونه علىٰ أهل العدل في غير حالة القتال ، فهم ضامنون له مطالبون به بعد تقدير الفيئة والرجوع به إلى الطاعة ؛ فإنهم ملتزمون للأحكام ، وليسوا كأهل الحرب ، وكذلك ما يتلفه أهل العدل في غير حالة القتال ، فالسبيل فيه ما ذكرناه ؛ فإن الطائفتين لا يرَوْن إتلاف الأموال[٥] في غير حالة القتال ، وإنما تعتقد كل طائفة أنها محقة في القتال غيرُ ضامنة لما يُفضي إليه ترتيب المقاتلة ، فإذ ذاك يظهر الوفاق والخلاف علىٰ ما سنفصله .

فأما ما تتلفه إحدى الطائفتين على الأخرىٰ في حالة القتال ، فلا تضمن الفئة العادلة ؛ فإنها مقاتلة بحق ، وهل تضمن الفئة الباغية ما تتلفه على الفئة العادلة ؟ فعلىٰ **قولين** : **أظهرهما** ـ أنه لا ضمان عليهم ، وهـٰذا مذهب **أبي حنيفة**[٦] ، وتعلق **الشافعي**

---

(١) ت٤ : « علىٰ » .
(٢) في الأصل : « هـٰذه » .
(٣) ساقطة من (ت٤) .
(٤) ت٤ : « يتلفونه » .
(٥) ت٤ : « المال » .
(٦) ر . مختصر الطحاوي : ٢٥٧ ، بدائع الصنائع : ٧/ ١٤١ .

بما روى ابنُ شهاب الزهري أنه قال : « **كانت في تلك الفتنة دماءٌ يُعرف في بعضها القاتل والمقتول ، وأتلفت فيها أموال ، ثم سكنت الحرب ، وجرى الحكم على الممتنعين ، فما علمته اقتص من أحد ، ولا غرّم أحداً ما أتلفه** »[١] .

وهـٰذا القول يتوجه بمصلحة كلية ، وهو أن الفئة الباغية مدعوون إلى الطاعة رفقاً وعنفاً[٢] ، والذي تقتضيه الإيالة تقديم الرفق وتأخير العنف ، وهو ترتيب الدفع ، وإذا جرت معارك واقتتال جنود ، فلو[٣] علم الممتنعون أنهم مطالبون بالتبعات إذا فاؤوا واستسلموا ، فقد يكون هـٰذا داعيةً لهم/ إلى الاستمرار على العصيان[٤] ؛ ولهـٰذه الحكمة حُطت الطلبات عن أهل الحرب إذا أسلموا ، وإذا كان جريان الكلام في الإيالات ، فهـٰذه الفنون أحرىٰ بالتمسك [بها من][٥] الأقيسة الجزئية ، وبمثل هـٰذا نفذنا[٦] أحكام البغاة حتىٰ لا يعظم الضرار[٧] .

ي ٣٤

والقول الثاني ـ أنهم يضمنون ما يتلفون في حالة القتال ؛ فإنهم ليسوا محقين في إقامة القتال وما أتلفوه [يوصف][٨] بأنه متلَفٌ بغير حقٍّ ، صَدَر إتلافُه من ملتزِم الأحكامِ ، والذي يُعارِضُ به هـٰذا القائلُ ما قدمناه من الأمر الكلي : أن ما أتلفته الفئة الباغية [في][٩] غير القتال في بَيَاتٍ وشن غارات من غير فرض قتال ، فهم مطالبون به ، وإن كان قد يؤدي هـٰذا إلىٰ ما ذكرناه في نصرة القول الأول .

وهـٰذا القائل يقول : إنما قبلنا شهاداتهم ، لأن ردها يأتي [من][١٠] ناحية تمكّن

---

(١) أثر الزهري رواه البيهقي في السنن الكبرىٰ : ٨/ ١٧٥ .
(٢) ت٤ : « عصفاً » .
(٣) ت٤ : « فلم » .
(٤) ت٤ : « الصعان » .
(٥) زيادة من (ت٤) .
(٦) نفذنا أحكام البغاة : أي أننا باسم قاعدة الإيالة الكلية ، حكمنا بنفوذ أحكَام البغاة فيما يقيمونه من حدود ، ويجمعونه من زكوات ، وفيما يحكم قاضيهم فيه من دماءٍ وفروج .
(٧) ت٤ : « الصولة » .
(٨) في الأصل : « موصف بأنه » .
(٩) في الأصل : « من » .
(١٠) في الأصل : « في » .

التهمة ، والتهمة تأتي من ناحية ارتكاب محظور العقيدة[١] .

وأما تنفيذ قضاء قاضيهم ، فليس فيه كبير متعلّق ؛ فإنا في الرأي الأظهر قد نصحح التحكيم من الذين هم تحت الطاعة .

والأصح القول الأول .

١٠٩٩٩ـ ثم إن لم نوجب ضمان الأموال ، فلا شكّ أنا لا نوجب القصاص لأنه أولىٰ بالاندفاع .

وهل نوجب الكفارة على الباغي بقتل من يقتله من أهل العدل ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه لا يجب ؛ طرداً للإهدار وقطْع التبعات ، **والوجه الثاني** ـ أنها تجب ؛ إذ هي أسرع وجوباً من القصاص والدية ؛ ولذلك أوجبناها على القاتل بسهم الغرب ، كما تفصّل في موضعه ، وإن لم يلتزم قصاصاً ولا دية ، فإن قلنا : يجب على البغاة الضمانُ فوجوب الكفارة ظاهر .

وفي القَوَد **وجهان** : **أحدهما** ـ لا يجب لتعرضه للسقوط بالشبهات ، وما تمسكوا به من التأويل شبهة .

ثم إن أوجبنا القصاص وآل الأمر إلى المال ، فالدية في مال القاتل . وإن لم نوجب القصاص لمكان التأويل ، فلا شك في وجوب الدية علىٰ هـٰذا القول الذي نفرع عليه ، والدية سبيلها سبيل دية العمد التي لا تتأجل وتتعلق بمال القاتل ، أو سبيلها سبيل دية شبه العمد ، حتىٰ تتأجل وتضرب على العاقلة ؟ هـٰذا أصل مهّدته في كتاب الجراح/ ٣٤ ش والديات ، وهو يناظر ما لو قتل الرجل إنساناً علىٰ زيّ[٢] الكفار رآه في دار الإسلام ،

---

(١) محظور العقيدة : يُقصد به مَنْ يعتقد أنه يشهد لموافقيه ، وهم الخطّابية ، فمن عقيدتهم أنهم يشهدون لمن يوافقهم في العقيدة ؛ اعتماداً علىٰ أن أبناء طائفتهم لا يكذبون ، فهم يشهدون لموافقيهم علىٰ كل ما يدّعون . ثم معنى العبارة أن قبولنا شهادة البغاة لا يصلح دليلاً علىٰ عدم تضمينهم ما أتلفوه علىٰ أهل العدل أثناء القتال ، فإن الحكم بعدالتهم وقبول شهادتهم ، لا يعني أنهم محقون في بغيهم ويدفع عنهم ضمان ما أتلفوه . وأخيراً أقول : إن العبارة هنا فيها شيء من الاضطراب ، ولعل فيها خرماً ، وما قلناه مأخوذ من كلام الرافعي . (ر. الشرح الكبير : ٨٢/١١) .

(٢) ت٤ : « رائ » .

ففي القصاص **قولان** ، فإن لم نوجبه ، ففي ضرب الدية على العاقلة **قولان** ، فإن ضربنا عليهم ، فلا شك في تأجيلها .

والرأي الظاهر أنها مغلّظة كدية شبه العمد . ومن **أصحابنا** من ألحقه بالخطأ المحض .

وهـٰذا بعينه ـ يجري حيث انتهى التفريع إليه ـ في قتل [العادلِ الباغيَ][1] .

ولا خلاف في أن ما حصل بأيديهم من أعيان أموال البغاة مردود عليهم .

ومما يجب الاعتناء به أن أصل التردد في الضمان مختص[2] بما يجري إتلافه بالقتال ، حتىٰ لو فرض إتلافٌ في القتال ليس من ضرورة القتال ، فهو ملتحق بما يجري إتلافه قبل القتال .

فهـٰذا بيان جملة من مقاتلة أهل البغي وأحكام ما يجري حالة القتال من إتلافٍ وقتلٍ .

١١٠٠٠ـ وقد ضمِنّا أن نذكر وجوه قتال الإمام مع طوائف المسلمين ، فنذكر مقاتلة أبي بكر رضي الله عنه مع أهل الردة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، **قال الشافعي : « أهل الردة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ضربان : قسمُ[3] مانعي الزكاة أهل ردّة ، لا من جهة ارتدادهم عن الدين ، ولـٰكن من جهة ارتدادهم عن الطاعة »**[4] وتأسىٰ في إطلاق لفظ الردة بما روىٰ **عن** عائشة رضي الله عنها أنها قالت :

---

(١) في الأصل كما في (ت٤) : « قتل الباغي العادلَ » ، والتغيير من المحقق ؛ ذلك أن صورة ضمان الباغي قد سبقت ، وهي المُحال عليها والمشبه بها في عبارة الإمام .
هـٰذا ، ونحب أن نؤكد أن العبارة الأولىٰ كان لها وجه من الصواب ، فالمصدر المضاف يعمل مضافاً إلىٰ فاعله ، ويعمل مضافاً إلىٰ مفعوله والفاعل ضمير مستتر ، أما أن يعمل مضافاً إلىٰ مفعوله والفاعل اسم ظاهر ، فهـٰذا قليلٌ غير شائع ، مثل قوله : « في قتل الباغي العادلُ » والمراد أن العادل هو القاتل . فهـٰذا هو القليل ، الذي غيرناه ، ولذا قلتُ : التغيير من المحقق ، ولم أقل : التصويب .

(٢) ت٤ : « يختص » .

(٣) ت٤ : « قسمي » .

(٤) ر . المختصر : ٥/ ١٥٧ والمذكور معنىٰ قول الشافعي ، وليس لفظه .

« مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وارتدت العرب واشرأب النفاق ونزل بأبي ما لو نزل بالجبال الراسيات ، لهاضها »[(١)]

ولقد كان الذين سُموا أهلَ الردة قسمين : قسم كفروا بالله عز وجل بعد إيمانهم ، مثل **طليحة** ، و**العنسي** ، و**مسيلمة** ، وأصحابهم ، وقسم ارتدوا عما لزمهم من حق أداء الزكاة ، والردة لفظة عربية ، وأطلقها المتقدمون علىٰ مانعي الزكاة . ثم الذين منعوا الزكاة ما كانوا خارجين عن الإيمان ، وقاتلهم **أبو بكر** ، والمناظرة التي جرت بينه وبين **عمر** رضي الله عنهما مشهورة ، إذ قال عمر : كيف تقاتل أقواماً يقولون : لا إلـٰه إلا الله ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **أمرت أن أقاتل الناس حتىٰ يقولوا : لا إلـٰه إلا الله ، فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم** » فقال أبو بكر : « **أليس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إلا بحقها » والزكاة من حقها ، والله لا أفرق بين/ ما جمع الله ، قال الله تعالىٰ :** ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ ، **والله لو منعوني عقالاً وفي بعض الروايات عَناقاً مما أدوا إلىٰ رسول الله ، لقاتلتهم عليه** »[(٢)] . ٣٥ ي

ثم استدَّ أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ رأي أبي بكر ، وتبين أنه قاتلهم ، وهم مؤمنون ، وقال بعض من وقع في الأسر منهم : والله ما كفرنا بعد إيماننا ، ولـٰكن شححنا علىٰ أموالنا ، وأشعارهم وأراجيزهم في هـٰذه المعاني[(٣)] . وكان يقول بعضهم : أدينا الزكاة إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت[(٤)] صلاته سكناً لنا ، وليست صلاة غيره سكناً لنا .

---

(١) حديث عائشة « مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وارتدت العرب. . . » رواه البيهقي في الكبرىٰ (٨/ ٢٠٠) وذكره الشافعي في الأم مختصراً (٦/ ١٦٦) .

(٢) حديث مناظرة أبي بكر وعمر في قتال مانعي الزكاة ، متفق عليه من حديث أبي هريرة . (البخاري : الإيمان ، باب فإن تابوا وأقاموا الصلاة ، ح٢٥ ، والزكاة ، باب وجوب الزكاة ، ح١٣٩٩ ، ١٤٠٠ . مسلم : الإيمان ، باب الأمر بقتال الناس حتىٰ يقولوا لا إلـٰه إلا الله ، ح٢٠ ، ٢١) .

(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٥٧ ، فقد روى الشافعي رضي الله عنه هـٰذه العبارات ، مع شيء من أشعارهم . منها علىٰ سبيل المثال :

أطعنا رسول الله ما كان بيننا ... فيا عجباً ما بال ملك أبي بكر

(٤) ت٤ : « لأن صلاته » .

وترتب علىٰ هـٰذا الأصل أن كل من امتنع عن أداء حقٍّ إلى الإمام استيفاؤه ، فالإمام يستوفيه منه ، وإن لم يكن فيه امتناع[1] ، حبسه وأرهقه إلىٰ أداء الحق . وإن تجمع قوم وامتنعوا عن أداء ما إلى الإمام استيفاؤه ، فالحال يُفضي إلىٰ دعائهم إلى الطاعة ، فإن أصروا ، فليس إلا القتال ؛ إذ لا سبيل إلىٰ تركهم علىٰ تمردهم وتفردهم وخروجهم عن الطاعة .

وكذلك إذا توجهت تبعات وغرامات ، ففُرض الامتناع .

١١٠٠١ـ **فالقول الضابط** : أن من يمتنع عن بذل الطاعة فإن لم يكن ذا منعة ، قهره السلطان وحَمَله علىٰ توفية ما عليه ، فإن تجمعوا وصاروا أصحاب شوكة ومَنَعة ، فلا سبيل إلى الترك . ولا طريق إلىٰ تحصيل الطاعة إلا بالقتال ، وإنما يُقاتَل أهل البغي لهـٰذا ؛ من حيث إنهم امتنعوا عن الانقياد ، وأبدَوْا الاستقلال والاستبداد .

ثم لو فرض الامتناع من أقوام ، وأفضى الأمر إلى القتال ، نُظر : فإن لم يكونوا أصحاب امتناع ، ولـٰكنهم استجرؤوا ، واستقتلوا بلا تأويل ، أو تمسكوا بتأويل ، فما أتلفوه في القتال مضمون عليهم ، والقصاص[2] واجب إذا [استدّت][3] الطاعة ، فعلىٰ من يقتل منهم القصاص ، وهـٰذا مقطوع به في قاعدة المذهب ؛ **قال الشافعي** رضي الله عنه : قتل **ابنُ ملجم علياً** متأولاً ، فاقتُص منه ، وقيل : تأويله أن امرأةً ذكرت/ له ـ تسمّىٰ **قطام** ـ أن علياً قتل طائفة من أقربائها ، ووكّلته بالاقتصاص منه وبنىٰ **عبد الرحمـٰن [ابنُ ملجم]**[4] علىٰ مذهب مشهورٍ **لأهل المدينة** في أن طلب القصاص لا يتوقف علىٰ رضا جميع الأولياء ـ هـٰذا معنىٰ تأويله .

ش٣٥

وإن كان في الفئة الممتنعة مَنَعة ، فما يتلفونه في القتال ، إن كان عن تأويل ، فهم بغاة ، وقد مضى التفصيل فيهم ، وذكرنا أن الأصح أنا نكتفي بالتأويل والمنعة ، ثم من

---

(١) امتناع : أي منعة وشوكة وقوة .
(٢) ت٤ : « والاستقلال » .
(٣) في النسختين : « استمرّت » ، والمعنىٰ : إذا استدّت (أي استقامت) الطاعة ، وتغلب عليهم جند الإمام ، فيجب الاقتصاص منهم .
(٤) زيادة للإيضاح فقط .

ضرورة المنعة [اتباع][١] مُقدّم ، فأما نصب الإمام ، فالرأي الظاهر عندنا أنه ليس من شرائط البغاة .

وإن لم يكونوا متمسكين بتأويل به مبالاة ، ولـٰكن كانوا **أصحاب** شوكة ، [ففيما][٢] يتلفونه في القتال علىٰ أهل القتال **طريقان** : من أصحابنا من قطع بأنهم يضمنون ؛ إذ لا تأويل معهم ، ومن أجرى القولين ، وهو ظاهر النص ، فإن المعتمد من جهة المعنىٰ في إسقاط الضمان عنهم تسهيلُ الأمر عليهم ، وتيسيرُ طريق الدعوة[٣] بقطع التبعات ، وهـٰذا متحقق في أهل المنعة دون شرذمة لا منعة لهم .

١١٠٠٢ـ وأجرىٰ **الشافعي** رحمه الله ترديد القول في أهل الردة إذا اجتمعوا واستمسكوا بعُدة ، فأتلفوا في القتال ما أتلفوا ، فإذا أسلموا واستكانوا ، ففي تضمينهم ما أتلفوه قولان .

ثم قال قائلون : هم أولىٰ بنفي الضمان عنهم لمضاهاتهم أهل الحرب ، وهـٰذا وإن ذكره طوائف من الأئمة غيرُ مرضيّ ؛ فإن المرتد في التزام الأحكام كالمسلم ، ولم يوجد منهم إلا المنعة ، ولو صح التعويل علىٰ ما ذكرناه ، لوجب أن يقال : ما يتلفونه في غير حالة القتال لا يضمنونه كأهل الحرب ، وليس الأمر كذلك ، فلا خلاف أنهم يضمنون ما يتلفون في غير حالة القتال ، فالوجه تلقي هـٰذا من عُدّة أهل الردة ، لا من كفرهم .

ثم ينقدح **طريقان** : **أحدهما** ـ القطع بأنهم يضمنونه .[**والثانية** ـ إجراء القولين ، ومانعوا الزكاة لم يكونوا علىٰ تأويل ، ولا حاصل لما نقل عن بعضهم][٤] أنه لا سكن في صلاة **أبي بكر** ؛ فإن أخْذ الزكاة لا يعتمد سكون قلب المؤدِّي إلىٰ صلاة الآخذ .

١١٠٠٣ـ ونحن الآن ننظم قولاً وجيزاً ، فنقول/ : القتالُ يتبع[٥] الامتناعَ عن الطاعة . ٣٦ي

---

(١) في الأصل : « إمام » .

(٢) في الأصل : « فما » ، (ت٤) : « فيما » .

(٣) في النسختين : « الدعوة » ، ولعلها : العودة : أي إلى الطاعة .

(٤) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٥) ت٤ : « يمنع » .

وتنفيذُ القضاء ، والأحكامِ التي قدمنا ذكرها يتبع الشوكةَ والتأويلَ .

وإجراءُ الخلاف في ضمان ما يُتْلَف في حالة القتل يتبع الشوكة المحضة ، فإذا لم تكن شوكة ، قطعنا بالضمان مع التأويل ، وعليه استشهدنا بقتل ابن ملجم علياً .

ومن أبدىٰ من آحاد الناس طعناً في الإمام ، عُزِّر علىٰ قدر سوء أدبه ، وإن شبب بذلك ولم يَبُح ، فهل يعزّر ؟ اختلف **أصحابنا** في المسألة : **فمنهم** من قال : للإمام أن يعزره إذا أدى اجتهاده إليه ، حسماً للمادة ورداً لأوائل الأمور ، والدليل عليه أنه يحرم عليه أن يشبب ، وإذا حرم عليه ، ساغ منعه[١] .

ومن **أصحابنا** من قال : لا يعزره ما لم يصرح ، واستدل بما روي « **أن رجلاً قال وعليٌّ في الصلاة: لا حكم إلا لله ولرسوله** »[٢] وشبب بإسقاط طاعة عليّ رضي الله عنه ، فلما تحلل عن صلاته ، قال : « كلمة حق أريد بها باطل » ولم يعزره .

وأما الخوارج إذا أظهروا آراءهم ، وأكفروا الإمام وأتباعَه ، فإن لم يكن لهم منعة ، فالكلام فيهم ، وفي أهل الأهواء ليس بالهيّن ، وهو من أعظم [أركان][٣] الإيالة الكبيرة ، ولعلنا نجمع فيها قولاً ، وإن نابذوا الإمام ، فقد اختلف **أصحابنا** فيهم : **فمنهم** من جعلهم كأهل الردة ، ومعناه أنا لا نقيم لما استمسكوا به من عقدهم وزناً ، ولا نقول : إنهم متعلقون بتأويل حتىٰ تَنفُذَ أحكامُهم ، كما تنفُذ أحكامُ البغاة ، وهـٰذا هو الأصح .

ومنهم من جعل ما تعلقوا به بمثابة تأويل البغاة ، وهـٰذا ساقطٌ لا أصل له ؛ فإن فساد عقدهم كفساد عقود أهل الردة ، وإن كنا لا نكفرهم على الرأي الظاهر .

وقد انتجز ما أردنا أن نصدّر الكتاب به من التوطئة وتمهيد الأصول .

---

(١) ت٤ : « أمره » .

(٢) خبر « أن رجلاً قال وعليٌّ في الصلاة لا حكم إلا لله ولرسوله. . . » رواه مسلم ، وابن أبي شيبة ، والبيهقي (مسلم : الزكاة ، باب التحريض علىٰ قتل الخوارج ، ح١٠٦٦ ، مصنف ابن أبي شيبة : ح١٩٧٧٦ ، السنن الكبرىٰ : ٨/ ١٨٤) ورواه الشافعي بلاغاً (الأم : ٦/ ٢١٧) . وانظر التلخيص : ٤/ ٨٥ رقم ١٩٩٨ .

(٣) ساقطة من الأصل .

١١٠٠٤ـ ثم إنا نعود إلىٰ ترتيب (**السواد**)[١] قال **الشافعي** رضي الله عنه في فصل المرتدين : « **وسار إليهم أبو بكر بنفسه حتىٰ لقي أخا بني بدر الفزاري ، فقاتله ومعه عمر ، وعامة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم** »[٢]

وإنما أراد **عيينةَ بنَ حصن بن حذيفة بن بدر الفزاري** ، واختلف **العلماء** فيه ، **فمنهم** من قال : كان هو من جملة الموافقين لأبي بكر ، ولما سار أبو بكر/ يريد قتال أهل الردة ، التقىٰ به ، فقال له : أنت إمام المسلمين ، فإن صدرت[٣] فلا إمام بعدك ، فارجع أنت لنقاتلهم دونك ، فمن قال [بهـٰذا قرأ[٤] : فقاتل ومعه عمر : أي قاتلهم عيينة مع عمر ، **ومنهم** من قال : كان عيينة من المخالفين المانعين الزكاة ، ومن قال بهـٰذا ، قرأ : فقاتله ومعه عمر : أي قاتل أبو بكر عيينة ومعه عمر[٥]][٦] . ٣٦ ش

فَصْلٌ

قال الشافعي : « والفيئة الرجوع عن القتال . . . إلىٰ آخره »[٧] .

١١٠٠٥ـ وهـٰذا مما قدمناه ، فالقتال مع الفئة الباغية مردود إلىٰ رجوعهم إلىٰ أمر الله ، واستمساكهم بالطاعة ، والغرض من عقد هـٰذا الفصل الكلامُ في كيفية

---

(١) ت٤ : « الشواذ » . والسواد هو مختصر المزني كما نبهنا مراراً .

(٢) ر . المختصر : ٥/١٥٧ .

(٣) كذا في النسختين ، والمعنىٰ ـ على المجاز ـ فإن ذهبت ، أي استشهدت .

(٤) قرأ : أي قرأ عبارة المختصر ، المذكورة آنفاً .

(٥) عبارة الأصل : « فمن قال فهـٰذا إقرار من عيينة ، ومنهم قال كان عيينة من المخالفين المانعين الزكاة » ، وفيها خلل واختزال ، والمثبت ، وهو كل ما بين المعقفين من نسخة (ت٤) .

(٦) والمشهور من أمر عيينة أنه كان ممن ارتد في عهد أبي بكر ، ومال إلىٰ طليحة الأسدي ، فبايعه ، ثم عاد إلى الإسلام . كذا ذكر ابن حجر في الإصابة ، ولـٰكنه عاد فقال في آخر ترجمته : وقرأت في كتاب الأم للشافعي في باب من كتاب الزكاة أن عمر قتل عيينة بن حصن ، ولم أر من ذكر ذلك غيره ، فإن كان محفوظاً ، فلا يذكر عيينة في الصحابة ، لـٰكن يحتمل أن يكون أمر بقتله ، فبادر إلى الإسلام ، فترك ، فعاش إلىٰ خلافة عثمان . (ر . الإصابة : ٣/ ٥٤ ، ٥٥) .

(٧) ر . المختصر : ٥/ ١٥٨ .

مقاتلتهم ، وقد تمهد أن قتالهم مبنيٌّ على الدفع .

ومن آثار هـٰذا الأصل أن من انهزم منهم ، لم يتبع ، ومن أثخن بالجراح ، لم يذفّف عليه ، وقال **أبو حنيفة**[١] : يتبع مدبرهم ويذفف جريحهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود يوماً : « **يا ابن أم عبد! أتدري ما حكم الله تعالىٰ فيمن [بغىٰ من]**[٢] **هـٰذه الأمة** ؟ فقال : **الله ورسوله أعلم . فقال عليه السلام : ألا يتبع مدبرهم ولا يذفف علىٰ جريحهم ولا يقتل أسيرهم** »[٣] . **ودخل حسين بن علي علىٰ مروان** فقال له ما رأيتُ أكرم من أبيك : [ما ولّينا][٤] ظهورنا **يوم الجمل** حتىٰ نادىٰ مناديه : « **ألا لا يتبع مدبر ، ولا يذفّف علىٰ جريح** » .

ومعتمد المذهب أن القتال للامتناع ، ولا امتناع في منهزم ، ولم يصدر منه ما يوجب القتل ، ولذلك لا امتناع في مثخن .

ولو انهزم البغاة في ظاهر الأمر ، وقصدُهم التحرّف للقتال ، فإن القتال قائم ، وحكمه دائم ، وإن قصدوا التحيّز إلىٰ فئة ، فهـٰذا مما يجب إنعام النظر فيه : فنقول : ما قدمناه من أنه لا يتبع منهزم أردنا به الأفراد إذا تبدّدوا مفلولين ، فأما إذا ولّى الجند تحت الراية ، وما انفلّوا ، ولـٰكنهم ولّوْا ظهورهم ، فلا ينكف الإمام عنهم ، [ولـٰكن لا ينكأ فيهم][٥] بالسلاح ، بل يطلبهم إلىٰ أن يؤوبوا إلى الطاعة ، والواحد إذا انفلّ ، فقد سقطت منعته وشوكته ، واعتضاده بالجمع ، وكذلك [لو تشتّتوا][٦] بدداً ،

---

(١) المذهب عند الأحناف أنه يتبع المدبر ويذفف الجريح إذا كان لهم فئة يتحيزون إليها (ر . المبسوط : ٩/ ١٢٦ ، فتح القدير : ٥/ ٣٣٧ ، بدائع الصنائع : ٧/ ١٤٠ـ١٤١) .

(٢) في الأصل : « نفر في » والتصويب من لفظ الحديث .

(٣) حديث : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود يوماً : يا ابن أم عبد ، أتدري ما حكم الله . . . » رواه الحاكم ، والبيهقي من حديث ابن عمر . قال البيهقي : ضعيف ، وقال الحافظ : « في إسناده كوثر بن حكيم ، وقد قال البخاري : إنه متروك » . (ر . مستدرك الحاكم : ٢/ ١٥٥ ، السنن الكبرىٰ : ٨/ ١٨٢ ، التلخيص : ٤/ ٨٣ ح ١٩٩٤) .

(٤) في الأصل : « لما ولينا » . والمثبت من (ت٤) .

(٥) في الأصل : « ولا ينكيهم بالسلاح » .

(٦) في الأصل : « لو استرسلوا » .

وارفضّ[١] الجمع حتىٰ لا يتوقع اجتماعهم ، فلا يتبعهم .

فانتظم مما ذكرناه أن التعويل علىٰ ردّهم إلى الطاعة ، أو فلّ شوكتهم وإبطال عُدتهم .

ولو ولّوْا متحيزين إلىٰ فئة ، فإن كانت قريبةً/ منهم ، اتبعناهم ، وإن كانوا أفراداً ٣٧ ي وأسرناهم ، فلا يتعرض لهم بالأسلحة ، كما ذكرناه ، وإذا كنا نتبعهم وهم متحيزون إلىٰ فئة قريبة ، فلأن نتبعهم وهم مجتمعون تحت رايةٍ أولىٰ ، فإنا جعلنا تفرقهم في الانهزام وصوبُهم فئة يتحيزون إليها بمثابة استمرارهم على القتال .

ولو بعدت الفئة التي إليها التحيز ، فقد ذكر العراقيون وجهين : **أحدهما ـ** أنهم يتبعون (٢ كما لو قربت الفئة ، **والثاني ـ** لا يتبعون ٢) ، والوجهان يجريان فيه إذا تفرقوا مفلولين . وإذا كانت الصورة كذلك ، فلا يكادون يلتامون[٣] إذا بعد المُعَرِّي[٤] .

١١٠٠٦ـ ونحن من هـٰذا المنتهىٰ نذكر كيفية المقاتلة ، فقد يظن من لا يطلب حقائق الأشياء أنا نصطف في مقابلتهم ، فإذا قصدونا ، ندفعهم ، وقد رأيتُ هـٰذا لطائفة من المعتبرين ، وهـٰذا زلل منهم ، لم أذكره لبعده من المذهب ، وذلك أنا وإن أطلقنا أن قتالهم دفعٌ ، فالمراد دفعهم عن العصيان ، والاستعدادُ له ؛ فإذا رأيناهم مُعدِّين ، سرنا إليهم (٥ وزحفنا إليهم ، ومن ضرورة هـٰذا مفاجأتهم .

ومما يتصل به أنا لو اصطففنا حتىٰ يلْقَوْنا ٥) ، فقد يُفضي [هـٰذا][٦] إلىٰ أن

---

(١) ارفضّ : أي انفضّ ، وزناً ومعنًىٰ .

(٢) ما بين القوسين ساقط في (ت٤) .

(٣) يلتامون: أي يلتئمون ويجتمعون، بتسهيل الهمزة، والإمام ناظرٌ في هـٰذا اللفظ إلىٰ قول الشاعر:

جـراحـات السنـان لهـا التئـامٌ ... ولا يلتـام مـا جـرح اللسـان

(٤) « المُعَرِّي » : المخلِّص : يقال : عراه من الأمر : خلّصه منه . (المعجم) هـٰذا وفي (ت٤) : تعدّى المفدي .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ت٤) .

(٦) زيادة من (ت٤) .

يتغشَّوْنا ، [وقد ذكرنا أن القتال ليس علىٰ][١] صورة قتال رجل ودفعه ، وربما يكون تارك البداية معرِّضاً نفسه [للهلاك][٢] ، وإليه أشار عليّ رضي الله عنه إذ قال : « حدِّدوا سيوفكم ، وقاربوا بين الخطىٰ ، ولاحظوا شذراً ، وعليكم بالرواق والمقيت »[٣] .

والذي يجب مراعاته أنه إن أمكن الأسر ، فلا قتل ، وإن أمكن الاقتصار على الإثخان ، فلا تذفيف ، وهـٰذا الفن من التدريج تجب مراعاته ، وإذا التحمت الفئتان ، فلا ضبط ، وهـٰذا المعنىٰ يتحقق في تساوي الصائل والمصول عليه ، فما الظن بالتحام فئتين عظيمتين .

وخرج مما ذكرناه أن المنهزم ينقسم إلىٰ من يُتبع وإلىٰ من لا يُتبع ، وهم مستوون [في][٤] أنهم لا يقصدون بالأسلحة ، وترتيبُ القتال علىٰ ما بيّناه .

فإن قيل : [كيف قتل عليّ **أهل النهروان ؟**][٥] قلنا : « كانوا خوارج نابذوه وانسلّوا عن طاعته وتوثبوا علىٰ [واليه][٦] ، وقتلوه ، فبعث إليهم أن يسلموا قاتله ، فقالوا : كلنا قتلة ، فبعث إليهم ، فقال استسلموا ، نحكم عليكم ، [فأبَوْا][٧] ، فسار إليهم بنفسه ، وقتل أكثرهم »[٨] قيل : لم يفلت منهم أكثر من اثنين ، وبلغ القتلىٰ أربعة/ آلاف وقتل ذا الثُّدَيَّة ، وصدق الله وعد رسوله صلى الله عليه وسلم ، إذ قال في القصّة المشهورة : « **سيخرج من ضِئْضِىء هـٰذا الرّجل**[٩] **أقوام**. . . ش ٣٧

---

(١) عبارة الأصل : « لأن القتال ليس علىٰ قتال رجل ودفعه » . والمثبت من (ت٤) .
(٢) زيادة من (ت٤) .
(٣) أثر علي « حددوا سيوفكم وقاربوا بين الخطىٰ . . . » لم نقف عليه بعد .
(٤) في الأصل : « إلىٰ » .
(٥) في الأصل : « كيف فعل علي بأهل النهروان » .
(٦) في الأصل : « رجل » .
(٧) زيادة من (ت٤) .
(٨) هـٰذا من كلام الشافعي في المختصر : ٥/ ١٦٠ .
(٩) ضئضىء هـٰذا الرجل : الضئضىء : الأصل (معجم) والمراد هنا الصلب .
أما الرجل المشار إليه ، فهو الرجل الذي أفحش في الاعتراض علىٰ قَسْم رسول الله صلى الله عليه وسلم لصدقاتٍ جاءته ، واسمه ذو الخويصرة ، رجلٌ من تميم ، كما صرحت بذلك بعض روايات البخاري (ح ٣٦١٠) .

الحديث »[(١)] إلىٰ أن قال : « وأنت قاتلهم يا عليّ وآياتهم أن فيهم رجلاً ذا ثُدَيّة عليها شعيرات تتدَرْدر[(٢)] فلما [صُرع القتلىٰ][(٣)] أمر عليّ بطلبه ، فطلبوه ، فلم يجدوه ، فنزل عليّ بنفسه ، وكان يفتش القتلىٰ ، فوجد ذا الثديّة علىٰ طرف وادٍ ، فكبّر وكبّر المسلمون معه » .

١١٠٠٧ـ ومما يتصل بذلك أن طائفة إذا خرجوا عن طاعة الإمام وقتلوا [واليه][(٤)] فالقاتل مقتول ، والذي ذهب إليه **الجماهير** أنه يقتل قصاصاً ، وذكر **العراقيون** وجهاً أنه يقتل حدّاً ، لأنه لم يجن علىٰ رجل واحدٍ ، بل خرق حجاب الهيبة ، ومقامه هـٰذا فوق مقام من يقتل في المحاربة .

وتمام البيان في هـٰذا أن من قاتل الوالي ، ولم يقصد استبداداً بالنفس ورجوعاً إلىٰ [عُدَّة][(٥)] المخالفة ، فسبيل مثله سبيل القصاص ، وإن انضم إلىٰ ذلك الخروج عن الطاعة والرجوع إلى استعداد المخالفة ، ففيه الخلاف ، والأصح القطع بأن القتل الواجب قصاصٌ .

---

(١) هـٰذا الحديث بهـٰذه السياقة موجز من حديثين في صفات الخوارج وقتالهم ، وهما عن أبي سعيدٍ الخدري ، وعليٍّ بن أبي طالب . أما حديث أبي سعيد ، فهو عند البخاري برقم ٣٣٤٤ ، وأطرافه كثيرة منها : ٣٦١٠ ، ٤٣٥١ ، ٦١٦٣ ، ٧٤٣٢ . وهو عند مسلم أيضاً برقم ١٠٦٤ عام= أرقام (١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٨) من كتاب الزكاة .
وأما حديث علي ، فهو عند مسلم برقم ١٠٦٦ عام= أرقام (١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٧) من كتاب الزكاة . أما لفظ « وأنت قاتلهم يا علي » فليس في روايات البخاري ومسلم ، فلعله في روايات أخرىٰ ، فالحديث عند أبي داود السنة/ قتال الخوارج ح ٤٧٦٤ ، عن أبي سعيد وأنس ، وح٤٧٦٨ عن علي ، وعند النسائي في الزكاة ، وعند أحمد : ٣/ ٥٦ ، ٦٥ ، ٧٢ .

(٢) تتدَرْدر : أي تتحرك ، وتترجرج ، والمعنىٰ أن الثديّة هي التي تتحرك وتترجرج ، وليس الشعيرات .

(٣) في الأصل : « فرغ من القتلىٰ » .

(٤) في الأصل : « إليه » .

(٥) في الأصل : « عزة » .

فَصْلٌ
في أَسْر البغاة

١١٠٠٨ـ إذا أسرنا منهم أسيراً ، لم نقتله صبراً ، خلافاً **لأبي حنيفة**[1] ، ولـٰكنه يحبس حتىٰ تضع الحرب أوزارها ، فإن بايع الإمامَ خُلِّي ، وإن أصر علىٰ غُلَوائه ، فرجعت الفئة الباغية إلى الطاعة ، خلّينا سبيل هـٰذا الأسير ؛ فإنه لا يتأتىٰ منه الاستقلال بالمخالفة بعد تفرق كلمة الفئة الباغية ، ولو أسرنا منهم أسيراً ، فانجلىٰ ذلك القتال ، وما زالت شوكتهم ، وكنا على اتباعهم ، وعلى انتظار الكرّة منهم ، فلا يُخلَّى الأسير والحالة هـٰذه .

ولو ظفرنا بنسائهم ، لم نتعرض لهن بالأسر ، وإن وقعن في ضبط[2] الجند ، خلّينا سبيلهن ، هـٰذا هو المذهب الظاهر .

وذهب **أبو إسحاق المروزي** فيما نقله **العراقيون** إلىٰ أنّا نحبسهن ؛ فإن في حبسهن كسر قلوبهم ، وحملهم على الطاعة .

ولو انهزم البغاة متحيزين إلىٰ فئة ، فإن كانت كلمتهم واحدة ، وكان مسيرهم تحت الراية/ الجامعة ، فقد ذكرنا أنا لا نخلّي الأسرىٰ ، وإن تحيّزوا إلىٰ فئة قريبة ، فكذلك ، وإن تفللوا أفراداً وتحيزوا إلىٰ فئة بعيدة ، ففي وجوب تخلية الأسرىٰ وجهان ، وذكر **العراقيون** وجهاً عن **بعض الأصحاب** أنه مهما انقضى القتال خُلِّي الأسرىٰ من غير فرق ، وهـٰذا بعيدٌ ، لا أصل له ، ولا بد من التفصيل الذي ذكرناه .

ي٣٨

ولو وقعت بأيدينا أموال ، لم تكن من قِبَل الأسلحة ، فهي مردودة عليهم ، وإن ظفرنا بخيلهم وسلاحهم ، لم نردها حتىٰ ينقضي القتال ، كما ذكرناه في تخلية الأسرىٰ ، والعبيدُ من أقوى العُدد ، فسبيلهم كسبيل الأسرىٰ والأسلحة .

والمراهقون إن كانوا يقاتلوننا ، فسبيلهم كسبيل العبيد ، وإذا لم يبلغ الصبيان مبلغ

---

(١) ر . المبسوط : ١٢٦/٩ ، فتح القدير : ٣٣٧/٥ ، البدائع : ١٤٠/٧ـ١٤١ .

(٢) ضبط الجند : أي أمسك بهن الجند وسيطروا عليهن .

القتال ، فهم ملتحقون بالنسوان ، وقد سبق القول فيهن ، ولا يطلب من الصبيان بيعةٌ ؛ إذ لا قول لهم ، وليس على النسوان بيعة إلا بيعة الإسلام .

فَصْلٌ

قال : « ولو استعان أهل البغي بأهل الحرب . . . إلىٰ آخره »[1] .

١١٠٠٩ـ مضمون الفصل **مسألتان** : **إحداهما** ـ استعانة أهل البغي علىٰ أهل العدل بأهل الحرب ، واستعانتهم بأهل الذمة علىٰ أهل العدل .

فأما إذا استعانوا بأهل الحرب علينا ، فلا أمان لأهل الحرب في حقوقنا ؛ فإنا وإن كنا ننفذ أحكام البغاة ، فشرط تنفيذها أن تكون موافقة لموجب الشرع والدين ، ولا أمان مع القتال ، فيستحيل أن ينفُذ أمانهم علينا .

ثم ما يتلفه أهل الحرب لا تضمين به ؛ لأنهم في حقوقنا أهل حرب ، ثم قال **الأئمة المراوزة** : يُتبع منهزمهم يعني أهل الحرب ، ويذفّف علىٰ جريحهم ، وتُغنم أموالهم ، وحكي عن **القاضي** أنه قال : لا يُتبع مدبرُهم ولا يذفّف علىٰ جريحهم ، لأنهم صاروا من أهل البغي بالأمان ، فيثبت لهم حكمُ أهل البغي ، وهو عندنا زلل ولا يثبت لأهل الحرب في حقوق أهل العدل أمان ، ولا عُلْقة أمان ، وهم/ بمثابتهم لو انفردوا بمقاتلة المسلمين . ٣٨ ش

واشتهر اختلاف **الأصحاب** في أنه هل ينعقد لهم أمان في حق أهل البغي : **فمنهم** من قال : ينعقد لهم الأمان ؛ فإنهم أمّنوهم ، **ومنهم من قال** : لا ينعقد الأمان على الصحة في حقوق البغاة أيضاً ؛ فإنه معقود على الفساد ، والأمان لا يتبعّض ، ثم إن صحّحنا الأمان لهم ، فلا كلام ، وإن لم نصحّحه ، فليس للبغاة أن يغتالوهم ؛ فإن ما جرىٰ منهم أمان فاسد ، والأمان الفاسد يمنع الاغتيال لهم ، فهم مردودون إلىٰ مأمنهم .

ولو قال أهل الحرب ـ وقد وقعوا في الأسر ـ : ظننّا أنه يحل لنا مقاتلتكم والاستعانةُ

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٦٠ .

بنا ، وهـٰؤلاء حسبنا أنهم الفئة المحقة ، وقالوا : ظننا أنهم استعانوا بنا في مقاتلة الكفار ، وما حسبناكم مسلمين ، فهـٰذا موضع الخلاف المشهور : قال قائلون من أئمتنا : نصدّقهم إذا احتمل ما قالوه ، ونعاملهم معاملة البغاة ، فنقتلهم مقبلين ولا نقتلهم مدبرين ، ونُبلغهم المأمن ، وهـٰذا هو الظاهر .

ومن أصحابنا من قال : نقتلهم حيث ثقفناهم ، ومجرد ظنون الكفار لا يؤمّنهم ، وقد ذكرنا أنه لا أمان علىٰ أهل العدل .

هـٰذا كلامنا[١] في استعانة أهل البغاة بالكفار الحربيين .

١١٠١٠ـ فأما إذا استعانوا بجماعة من أهل الذمة ، فإن قالوا : قد علمنا حقيقة الحال ، ولم نرد بالقتال إلا أن ننال منكم [ونستأصلَ][٢] شأفتكم ، فينتقض العهد بهـٰذا ، ويُقتلون مدبرين ومقبلين ، وتُغنم أموالهم ، ولا يُبْلَغون المأمن ، ولا يضمّنون ما أصابوا ؛ فإنهم أهل حربٍ .

وإن قالوا : ظننا أنه يحل لنا مقاتلتكم ، وذكروا حالةً يمكن صدقهم فيها ، **فللأصحاب** في هـٰذا تردد : أولاً ـ قالوا : إن ادّعَوْا أنهم كانوا مكرهين علىٰ حضور المعركة ، فلا نحكم بانتقاض عهدهم ، ونقاتلهم مقاتلةَ البغاة : مقبلين غير مدبرين ، وإن لم يدَّعوا الإكراه ، وزعموا أنا اتبعنا هـٰذه الفئة علىٰ علم ، ولم نخرج عن متابعة المسلمين كلهم ، فحاصل ما ذكره **الأئمة** في ذلك يستدعي تقديم أصولٍ .

ي ٣٩ وهـٰذا فصل ألحقه **معظم الأصحاب** بالظواهر ، وفيه تشعيث[٣]/ وغوص في أعماق الفقه ، لا يتأتى الانتهاء إليه من غير تمهيد أصول ، وتفصيل فصول ، [فنقول][٤] : الكلام فيما يوجب نقض عهود أهل الذمة يأتي مستقصىً في كتاب الجزية ، إن شاء الله تعالىٰ ، ونحن نذكر من ذلك المقدارَ الذي تَمَس إليه حاجتنا في بيان ما يختص بهـٰذا الكتاب :

---

(١) ت٤ : « كلام » .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) ت٤ : « تشعيب » .
(٤) في الأصل : « فيعود » .

فما يصدر منهم ينقسم أولاً[١] **قسمين** : **أحدهما** ـ أن يؤثروا الالتحاقَ بدار الحرب ، ونبذَ العهد إلينا ، فلهم ذلك ولا نجبرهم على الوفاء بالذمة ، هـٰذا متفق عليه ، وكان من الممكن من طريق المعنىٰ أن نقول : الذمة إذا انعقدت فكما يلزمنا إدامتها لهم واستدامتها عليهم ، فيلزمهم الوفاء بها ، حتىٰ إن حاولوا نقضها ، لم يُمكَّنوا ، ولـٰكن اتفق الأئمة علىٰ أنه لا مُعتَرض عليهم إذا نبذوا العهود ، وسنذكر سرّ ذلك في الجزية ، إن شاء الله عز وجل .

ثم من أثر رفع الحجر عنهم ألا نغتالَهم ، ولا نتعرضَ لأموالهم وذراريهم ، ونبلغهَم في حكم الأمان مأمنهم ، فإذا انتهَوْا إلىٰ مكانٍ يقطنه ذوو نجدة من الكفار فتنقطع آثار الأمان حينئذ . هـٰذا قسم .

١١٠١١ـ **والقسم الثاني** ـ ألا ينقضوا العهود ، ولـٰكن يأتوا بأمرٍ يخالف العهد ، **وهـٰذا ينقسم قسمين** :

أحدهما ـ أن يخرجوا عن الطاعة ، ويُبدوا صفحة الخلاف ، وذلك بأن يمتنعوا عن إجراء الأحكام عليهم ، ونهايتُهم في هـٰذا أن يجتمعوا وينصبوا علينا قتالاً ، ويلتحق بهـٰذا القسم امتناعُهم عن أداء الجزية ، وليس هـٰذا من غرضنا الآن .

والطرف الذي هو مقصودنا من هـٰذا القسم خروجُهم عن المؤالفة والاستسلام لما يجري عليهم من الأحكام ، والمشاقّةُ نهايتها أن يبدوا القتال ، فلا خلاف أن هـٰذا ينقض العهد .

والقسم الثاني ـ جنايات عظيمة تصدر منهم متعلقةً بأهل الإسلام ، كالزنا بالمسلمة ، أو قتل مسلم ، أو جرحه ، ففي انتقاض عهدهم بصدور هـٰذه أوجه ، وغرضنا أن نذكر ما يضبطها ، فإذا أتَوْا بجرائم عظيمة ، ولما ينتهوا بسببها إلىٰ سلّ اليد عن ربقة الطاعة ، ولم يُبدوا امتناعاً عن إجراء الأحكام عليهم ، [فهـٰذا محل][٢] التردد في انتقاض العهد ، وما لا يبلغ هـٰذا المبلغ من سوء أدب ، وإظهار خمر ، وتظاهر

---

(١) ساقط من (ت٤) .

(٢) في الأصل : « فهل يحلّ » . والمثبت من (ت٤) .

ش ٣٩ بإبداء شعار/ ، فلا ينتقض العهد به علىٰ تفاصيلَ ستأتي ، إن شاء الله .

فإن كان انتقاض العهد بالجهاد والخروج عن الطاعة ، ونصب القتال ، فالمذهب الذي عليه التعويل أنا نقاتلهم علىٰ أماكنهم ، ونغنم أموالهم ونقتلهم ، ولا نبلغهم مأمناً ، ولا خلاف أنهم إذا استشعروا ظلال السيوف ، ووقعَ الحتوف ، [فطلبوا][1] ذمةً مبتدأة ، عقدناها لهم ، وسنعطف علىٰ هـٰذا القسم .

١١٠١٢ـ ولو انتقض عهدهم بسبب لا يمكن نسبتهم فيه إلىٰ قصد الهتك والتهجم علىٰ حريم الإسلام ، كما سنصفه من بعدُ ، إن شاء الله ولـٰكنهم على الجملة أوصلوا أذىً إلى المسلمين عن جهل ؛ فإذا نفذ الحكم بانتقاض الذمة ، فهل نغتالهم أو نبلغهم مأمنهم ؟ فعلىٰ قولين سيأتي ذكرهما في الجزية إن شاء الله .

ولو انتقض عهدهم ـ علىٰ مذهبٍ ـ بسببِ عظائمَ صدرت منهم في آحاد المسلمين ، فلا خلاف أن موجب تلك القضية يجري عليهم ، حتىٰ إن قَتلوا ، اقتصصنا منهم ، وإن أتلفوا ، غرّمناهم .

وكان لا يبعد من طريق القياس أن يقال : إذا حكمنا بانتقاض عهدهم ، صاروا حرباً لنا ، ولا حُكم على الحربي وقد حصل نقض العهد مع موجِب القصاص ، ولـٰكن أجمع الأصحاب على استيفاء حقوق المسلمين منهم ، ولو لم نسلك هـٰذا المسلك ، وفرعنا على المذهب الذي انتهينا إليه ، للزم ألا يستوجب ذمي قصاصاً بقتل مسلم ، فإذاً إجراء الموجبات والقضايا في الجرائم من أحكام الذمة السابقة ، وإن كان لا يبعد أن نبلغهم المأمن ـ وقد نبذوا العهد ـ لآثار الأمان السابق ، وإجراء الأحكام ـ وإن انتقض العهد ـ من بقاء الذمة السابقة ، وهـٰذا مما يلزم ، فلا سبيل إلىٰ دفعه . نعم ، لو نبذوا العهد وأظهروا الخلاف ونصبوا القتال ، فصاروا[2] حرباً لنا ، ثم قتلوا ، فلا قصاص حينئذ ولـٰكن نتبعهم ونقتلهم حيث نثقفهم .

---

(١) في الأصل : « وطلبوا » .
(٢) ت٤ : « وصاروا » .

ثم إذا حصل انتقاض العهد ، [بهـٰذه][(١)] الأمور الخاصة ، فهل [نغتالهم][(٢)] أو نبلغهم المأمن ؟ فعلىٰ قولين مرتبين على القولين فيه إذا انتقض عهدهم بسببٍ أبدَوْا فيه جهلهم عذراً/ كما سنصفه إن شاء الله ، وهـٰذه الصورة أولىٰ بألا يُبلغوا فيها المأمن لما ارتكبوه من الجرائم ، وإن كانت في وقائع خاصة . ٤٠ ي

فانتظم من ذلك أنهم لو نبذوا[(٣)] إلينا العهد من غير أذىٰ ، فنقطع بتبليغهم مأمنهم ، ولو نقضوا العهد وآذنوا بقتالٍ وأمرٍ[(٤)] يشعر بالخروج عن الطاعة الكلية ، فالمذهب أنا لا نبلغهم مأمنهم ونغتالهم وأموالهم . وأبعد بعض أصحابنا فذكر هاهنا قولاً أنا نبلغهم إذا انكفوا عن الأذىٰ ، وهـٰذا [أخذوه][(٥)] من أنهم لو طلبوا الذمة[(٦)] نجيب إليها .

وإن حكمنا بانتقاض عهدهم بسبب أظهروا فيه عذراً ممكناً ، ففي تبليغهم مأمنهم قولان ، [(٧)] وإن نقضنا عهدهم لجرائمَ خاصة فأحكام تلك الجرائم مجراة عليهم في حقوق المسلمين ، وفي تبليغهم مأمنهم قولان [(٧)] . هـٰذه مقدمات مست الحاجة إليها .

١١٠١٣ـ ونحن نعود بعدها إلى استعانة البغاة بأهل الذمة في مقاتلة أهل العدل ، ولا بد من ذكر الأقسام وباستيعابها يحصل استيفاء الأحكام ، فنقول : إن كانوا مكرهين ، فالذمة لا تزول ، ولـٰكنا نقاتلهم مقاتلةَ البغاة ، وينقدح في هـٰذا القسم غامضةٌ لا يتأتىٰ شرحها الآن .

وإن قالوا : علمنا بأن الذين استعانوا بنا بغاة ، وما كنا مكرهين ، فلا شك أنه ينتقض عهدهم لِما أظهروا من القتال علىٰ علم من غير عذر .

---

(١) في الأصل : « فهـٰذه » .
(٢) في الأصل : « لنا لهم » ، والمثبت من (ت٤) .
(٣) ت٤ : « فانتظم من ذلك لم نبذوا إلينا العهد » .
(٤) ت٤ : « وآذوا بقتال ، ولم نشعر » .
(٥) مكان بياضٍ بالأصل . وهو في (ت٤) .
(٦) ت٤ : « الدهر » .
(٧) ما بين القوسين سقط في (ت٤) .

وإن قالوا : ظننا أن الفئة المستعينة بنا هي العادلة ، وقدّرنا أنهم المحقون ـ ومن الممكن أن يخطر ذلك لهم ؛ فإن الفئة العظيمة من بغاة المسلمين علىٰ هـٰذا العقد ـ فهل ينتقض عهدهم وهم علىٰ جهلهم ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ أنه ينتقض بصورة القتال ، وهـٰذا هو الذي وعدنا أن نذكره ؛ إذ أجرينا في **المقدمات** إمكانَ انتقاض العهد مع التمسك بعذر ، وكذلك لو قالوا : ظننا أنهم استنجدوا بنا على الكفار ، وما حسبناكم مسلمين ـ وأمكن صدقهم ـ ففي انتقاض عهدهم **قولان** : فإن قلنا : ينتقض العهد لصورة القتال ، فلو كان الإمام شرط عليهم ألا يقاتلوه ، فإذا قاتلوه عن جهلٍ/ ، فهل ينتقض عهدهم ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ ينتقض ؛ لأن العهد كان مشروطاً بشرط ؛ فلا يبقىٰ مع تخلف الشرط . **والثاني** ـ لا ينتقض ؛ فإنّ شرطَ الانكفاف عن القتل محمول على الإقدام عليه عمداً علىٰ علم . ش ٤٠

ولو قالوا : ظننا أن المسلمين إذا تفرقوا واستعان بنا فئة منهم علىٰ فئة ، فعلينا أن نذب عن الناحية التي نحن قاطنوها ، ولم نعتقدهم[١] مبطلين ، فهـٰذا الاحتمال أبعدُ ؛ فإن في النفوس التمييزَ بين المحق والمبطل .

وإن [كان فئة][٢] لا يقاتلون ، وإنما يقاتل البعض دون البعض ، فإذا ذكروا مثل هـٰذا ، فالأوجه انتقاض العهد ، وأجرىٰ **بعض أصحابنا** القولين في الانتقاض على التفصيل الذي ذكرناه .

١١٠١٤ـ ونعود الآن إلىٰ أوائل الكلام ، فنقول : إن انتقض عهدهم علىٰ علم من غير عذر ، فلا خلاف أنا نقتلهم مقبلين ومدبرين ، وقد ذكرنا أن القول[٣] الذي عليه التفريع أن هـٰؤلاء يُبلغون المأمن ، ثم ما أتلفوا بعد إظهار القتال لا يضمنونه ، لأنهم **أهل حربٍ** ، وقد انتقض عهدهم قبل صدور الإتلاف منهم ، وإن حكمنا بانتقاض العهد في صور الجهل ـ حيث يقيمون عذراً ـ فقد ذكرنا قولين في أنهم هل يُبلغون المأمن ؟

---

(١) ت٤ : « نعتقدكم » .
(٢) في الأصل : « وإن كل فئة » .
(٣) ساقطة في (ت٤) .

فإن قلنا : لا يبلغون المأمن علىٰ أحد القولين ، فنقتلهم مقبلين ومدبرين ، ونذفِّف علىٰ جرحاهم ، فإنه يُفعل ذلك بهم بعد انقضاء القتال .

وإن قلنا : نبلغهم مأمنهم ، فهل نقتلهم منهزمين ؟ اختلف **أصحابنا** في المسألة ؛ **فمنهم** من قال : لا نقتلهم منهزمين ، كما لو انقضى القتال ، والتفريع علىٰ أنا لا نغتالهم ، ومن انهزم ، فقد ترك القتال ، **ومن أصحابنا من قال** : نقتلهم منهزمين ، ونذفّف ؛ فإن هـٰذا من بقايا القتال ، وكأنه عقوبة لهم في مقاتلتهم ، وقد ذكرنا أن العقوبات تقام عليهم ، وما أتلفوه في القتال ـ والتفريع علىٰ أنهم يبلغون المأمن ـ فهل يضمنونه ؟ الظاهر عندنا أنهم يضمنونه/ ؛ فإنهم في بقية من الأمان ؛ ولهـٰذا نبلغهم مأمنهم ؛ ويستحيل أن نلتزم أمانهم ، ولا نلزمهم ما يتلفون ، فيخرج من ذلك أنهم ما صاروا أهل حرب على الإطلاق ، وقد نرىٰ في **بعض المجموعات** أنا إذا حكمنا بانتقاض عهدهم لا يضمنون ما يتلفون ، وهـٰذا لا يعد من المذهب ، ويحمل علىٰ هفوة صادرة عن قلة الفكر . ٤١ ي

وإن قلنا : إن عهود أهل الذمة لا تنتقض في صورة الجهل ، فهم علىٰ ذمتهم إذا انقضى القتال ، والكلام في أنهم هل يلتزمون ما يتلفون في حالة القتال ؟ قال **الأئمة** رضي الله عنهم : يلزمهم ضمان ما يتلفونه حالة القتال ولا يخرج فيهم القولان المذكوران في أهل البغي ، فإنا حططنا الغرم عنهم في قولٍ ؛ استعطافاً لقلوبهم ؛ وقَطْعاً للتبعات الثقيلة التي تمنع من الرجوع إلى الطاعة ، وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق فيهم ، وبالجملة ليسوا من المؤمنين ، والله أمرنا بالإصلاح بين المؤمنين ، ولم يذكر تَباعةً بدمٍ ولا مال ، فيختص هـٰذا التخفيف بهم ، ولـٰكنا لا نقتلهم مدبرين ؛ فإنا نفرّع علىٰ أن ذمتهم باقية ، والذمة حاقنة للدم ، فسبيلهم في القتل كسبيل أهل البغي لا نتبع مدبرهم ولا نذفف علىٰ جريحهم ، ولـٰكنا نضمّنهم ما يتلفون .

ثم إن أوجبنا القصاص علىٰ أهل البغي ، ففي إيجابه علىٰ أهل الذمة ـ والتفريع علىٰ أن ذمتهم غير منتقضة ـ **وجهان** : **أحدهما** ـ [أنا نوجب القصاص عليهم ، كما قطعنا بإيجاب الغرم فيما أتلفوه . **والثاني** ـ أنه لا يجب القصاص عليهم لمكان الشبهة المقترنة بأحوالهم .

فهـٰذا نجاز الفصل في أحكام أهل الذمة][1] إذا أعانوا البغاة علىٰ أهل العدل .

وقد انتهىٰ بانتهاء هـٰذا الفصل مقصود الكتاب ، ونقل المزني فصولاً سهلة المُدرك قريبة المأخذ نجمعها في فصل واحد .

فَصْلٌ

قال الشافعي رحمه الله : « ولو أتىٰ واحد منهم تائباً ، لم يقتص منه . . . إلىٰ آخره »[2] .

١١٠١٥ـ هـٰذا عَطَفه علىٰ أهل الذمة ، وأراد المسلمين من أهل البغي ، والدليل عليه أنه علّل فقال : « **لأنه مسلم محرم الدم** » ، ثم ذكر سؤالاً وناظر به مناظرةً ، وليس فيه أمر يتعلق بمقصودنا ، وذكر طرفاً من الكلام/ في كيفية دفع الواحد يصول على الإنسان في نفسه أو ماله ، هـٰذا يأتي في باب الصيال ، إن شاء الله . ش ٤١

١١٠١٦ـ ثم قال : « لا ينبغي أن يستعين الإمام علىٰ أهل البغي بمن يرىٰ قتلهم مدبرين »[3] ـ كأصحاب أبي حنيفة[4] ومن يوافق مذهبه مذهبهم ـ .

إذا كان الإمام يرىٰ رأينا ويذهب إلىٰ ما نذهب إليه ، فلا ينبغي أن يستعين بمن يخالفه في كيفية مقاتلة أهل البغي ، فإنهم لا يتحاشَوْن إذا احمرّ البأس أن يتجرؤوا علىٰ ما يستحلون ، وكذلك لا يستعين الإمام بالكفار عليهم ، لأنهم يستحلون قتلهم على الوجوه كلها ، ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ١٤١] . ولهـٰذا لا يجوز للإمام أن يتخذ جلاّداً مشركاً لإقامة الحدود على المسلمين .

وأما الاستعانة بالمشركين علىٰ قتال المشركين ، فهي جائزة على الجملة ، وفي تفصيلها كلام سيأتي في السِّيَر ، إن شاء الله .

---

(١) كل ما بين المعقفين سقط من الأصل . وهو مثبت من (ت٤) .
(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٦٠ .
(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٦١ .
(٤) راجع تعليقنا علىٰ مذهب الأحناف آنفاً .

ثم قال رضي الله عنه : « لا يُرمَوْن بالمنجنيق ولا بالنار . . . إلىٰ آخره »[(١)]

١١٠١٧ـ منع **الشافعي** مقاتلتهم بالأسباب العظيمة الفاحشة[(٢)] التي تصطلمهم ، وتأتي عليهم من غير بُقيا ، وإنما يجوز نصب المنجنيق وما في معناه والمقاتلة بالنيران مع الكفار ؛ فإنا نستحل قتل الكفار جرياً علىٰ موجب قوله عز من قائل : ﴿ وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ ﴾ [البقرة : ١٩١] والمقاتلة مع أهل البغي ينبغي أن تكون مع الإبقاء عليهم .

وهـٰذا مما يجب التنبه له ، فإنا ذكرنا فيما تقدم أنا إذا اصطففنا في مقاتلتهم ، لم يكن القتال علىٰ حد دفع صائل علىٰ مصول عليه ، حتىٰ لا نبدأ بهم ، وإن بدؤوا بنا ، اقتصرنا علىٰ حد الدفع ، هـٰذا مما لا يمكن ، ولو فرضنا افتتاح ذلك ، كان استقتالاً ، وتعرّضاً للهلاك ، ولـٰكن للقتال مع محاولة الاستيلاء والإبقاء عليهم مبلغاً يُنْتَهىٰ إليه ، ويوقف ، فلا يزاد عليه . ولقصد الاستئصال والاصطلام حد يعرفه أهله ، فرأىٰ **الشافعي** رضي الله عنه نصبَ المنجنيق وإرسالَ السيل علىٰ معسكرهم يبعد أن يقاتلوا به ، وإضرامُ النيران فيهم من قصد الاصطلام .

فإذن ليتخيل/ الفقيه مراتب : **إحداها ـ** الاصطلام ، وهو مع الكفار ، **[والأخرىٰ ـ]**[(٣)] الاقتصار قدر الحاجة في الدفع ، وترك الابتداء[(٤)] ، هـٰذا بين الصائل والمصول عليه ، كما سيأتي ، إن شاء الله . **والآخر ـ** القتال مع أهل البغي ، وفيه الإبقاء ، وفيه[(٥)] قصد كسر شوكتهم لردهم إلى الطاعة ، ولو ابتدؤوا فنصبوا علينا مثل ذلك ، قاتلناهم ، ولو أحاطوا بنا وعلمنا أنهم يقعون بنا إن لم ندفعهم ، فندفعهم ، فإنا نبيح هـٰذا في دفع الصائل الواحد إذا كان لا يندفع إلا به .

٤٢ ي

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٦١ .

(٢) ساقطة من (ت٤) .

(٣) في الأصل كلمة غير مقروءة والمثبت من (ت٤) .

(٤) ت٤ : « الإهدار » .

(٥) ساقطة من (ت٤) .

ومما يتعلق بهٰذا أنهم لو تحصنوا ببلدة مسوّرة[١] وكان لا يتأتى الاستيلاء عليها إلا بالأسباب التي ذكرناها ، فنقول : إن كان في البلدة رعايا والأسباب التي [ذكرناها][٢] تأتي عليهم ، فلا نستحل إقامةَ الأسباب المصطلمة .

وإن لم يكن في البلدة إلا المقاتلة ، فإن تمكن الإمام من هدم السور ، فليفعل ، وإن[٣] كان لا يتأتىٰ ذلك ـ وهم يدافعون على السور ـ إلا بأن يقتلوا بأسباب [تنافي][٤] المعنى الذي ذكرناه من الإبقاء ، فالذي أراه أنه لا يجوز قتلهم بهٰذه الأسباب العظيمة ، كالإحراق ونصب المنجنيق ، وفتح السيول الجارفة ؛ فإن الإمام إنما ينظر للمسلمين فيما يفعل ، وتركُ بلدة في أيدي طائفة من المسلمين ـ وقد يستمكن من حيل في محاصرتهم ، والتضييق عليهم ـ أقربُ إلى الإصلاح العام من اصطلام أمم .

فإن قيل : كان **عليّ رضي الله عنه** يقاتل البغاة مقاتلة من يصطلم ، فلا يُبقي ، وقيل : إنه قتل ليلة الهرير بنفسه ألفاً وخمسمائة . قلنا : كان البغاة علىٰ حد من الجد في القتال لو لم [يقابلوا][٥] بما كان يفعله علي رضي الله عنه لاصطُلم وأتباعه ، ولهٰذا قال **الشافعي** رضي الله عنه : **ومعاوية جاد في القتال منتصفاً أو مستعلياً** .

١١٠١٨ـ ثم ذكر **الشافعي** رضي الله عنه تنفيذ أقضيتهم ، وقد قدمنا هٰذا ، والقولُ الجامع فيه أن ما وافق من قضائهم إجماعاً ، أو مذهباً مجتهداً فيه مظنوناً ، فهو منفّذ غيرُ مردود .

ش ٤٢ والذي نزيده تفصيلُ القول في كتب/ قُضاتهم ، والذي يعتمد في ذلك أنهم إذا أبرموا قضاء ، وكتبوا إلىٰ قاضينا باستيفاء ما ثبت عندهم ، فإنا نقبل الكتاب ، ونعمل بموجَبه علىٰ وفق الشرع .

وإن سمع قاضيهم بينةً وكتب إلينا يلتمس تنفيذ الحكم بها ، ففي قبول كتابهم علىٰ

---

(١) ت٤ : « مشهورة » .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) ت٤ : « فإن » .
(٤) في الأصل : « ما في » .
(٥) في الأصل : « يقابله » .

هـٰذا الوجه **قولان** : **أحدهما** ـ أن قاضينا يقبل ، ويحكم علىٰ حسب ما يعمله القاضي من أهل العدل إذا كتب إليه قاضٍ من أهل قضاة بلاد أهل العدل ، وهـٰذا هو القياس ؛ فإنا إذا[1] نفّذنا أقضيتهم ، فلا معنىٰ بعد ذلك [للتلوّم][2] والتردد[3] والامتناع في التفاصيل .

والذي يوضح ذلك أن الكتب إنما ترد في الذين يتصلون بديارنا ، فإذا كنا ننفّذ أقضيتهم حتىٰ لا تتعطل أحكام الرعايا في ديار البغاة ، فلو رددنا كتب قضاتهم ، لتعطلت أحكام المتصلين بنا .

والقول الثاني ـ أنا لا نقبل كتب قضاتهم إذا لم يكونوا قد أبرموا الأحكام ، فإنا لو قبلناها ، لكنا معهم متعاونين ، وليس لأهل العدل أن يعاونوا أهل البغي فيما يقيم مناصب قضاتهم وولاتهم ، **والأقيس الأول** .

وذهب **بعض أصحابنا** إلىٰ طرد القولين فيما أبرموه واستعانوا فيه بالاستيفاء ، وهـٰذا ذكره **شيخنا وصاحب التقريب**

[وكنت أودّ][4] لو فصل فاصلون بين الأحكام التي تتعلق بالبغاة وأصحاب النجدة والامتناع ، وبين ما يتعلق بالرعايا .

١١٠١٩ـ ثم ذكر **الشافعي** أن شهادة أهل البغي مقبولة ، فإنهم يعتقدون بتأويل ، كما تقدم ذكره ، واستثنىٰ **الخطّابية** ، ولا تعلق لهـٰذا بأحكام البغاة ، والخطابية يرون الكذب كفراً ، ويعتقدون أن من أخبرهم من أهل دينهم باستحقاق شيء ، فلهم أن يشهدوا له جزماً ، والقول في ذلك يأتي في كتاب الشهادات ، إن شاء الله ، وفيه نتكلم في أهل البدع والأهواء .

١١٠٢٠ـ ثم قال الشافعي : « **وإن قُتل باغ في المعترك غُسّل وصُلِّي عليه** » والأمر

---

(١) ساقطة من ت٤ .
(٢) مكان بياضٍ بالأصل . والتلوّم معناها التأخر والترقب .
(٣) عبارة الأصل : « فلا معنىٰ بعد ذلك للتردد » .
(٤) زيادة من (ت٤) .

علىٰ ما ذَكر ، أنا إذا ظفرنا بقتيل من البغاة ، غسلناه وصلينا عليه ودفناه ، ولا نُثبت له رتبة الشهادة . **وأبو حنيفة**[(١)] لا يرىٰ غسلَهم والصلاةَ عليهم ؛ تغليظاً عليهم ، وأما القتيل من **أهل** العدل ، ففيه **قولان** : **أحدهما** ـ أنه تثبت له مرتبة الشهادة كقتيل المشركين . **والثاني** ـ لا تثبت له مرتبة الشهادة المسقطة للغسل والصلاة/ . وقد ذكرنا [هـٰذا][(٢)] في كتاب الجنائز عند ذكرنا الشهداء ومراتبهم . ي ٤٣

١١٠٢١ـ ثم قال : « **يكره لأهل العدل أن يتعمدوا قتل ذوي الأرحام** » والأمر علىٰ ما ذكر ، فحقٌّ على الإنسان أن يجتنب قتل ذوي الأرحام ما وجد إليه سبيلاً ، ولا فرق بين أن يكونوا من المحارم ، أو لا يكونوا منهم ، ونحن نكره ذلك في الكفار ، فلا نرىٰ للمسلم أن يختار قتل من هو من ذوي أرحامه ، « **وقد نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا حذيفة بن عتبة عن قتل أبيه عتبة ، ونهىٰ أبا بكر عن قتل ابنه يوم أحد** »[(٣)] .

وما ذكرناه كراهية متأكدة . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **يقول الله تعالىٰ : أنا الرحمـٰن خلقت الرحم ، وشققت لها اسماً** من اسمي ، **فمن وصلها وصلته ، ومن قطعها بتته** »[(٤)] ، وروي أنه عليه السلام كان يقول يوم دخل المدينة علىٰ بعير : « **يا أيها الناس أفشوا السلام ، وأطعموا الطعام ، وصِلوا الأرحام ، وصلوا بالليل والناس نيام ، تدخلوا الجنة بسلام . فسمع عبد الله بن سلام ذلك فأسلم ، وقال : هو نبي حق** »[(٥)] .

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢٥٧ .

(٢) زيادة من (ت٤) .

(٣) حديث « نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا حذيفة بن عتبة عن قتل أبيه . . . » رواه الحاكم (٣/ ٢٢٣) والبيهقي (٨/ ١٨٦) وضعفه الحافظ بالواقدي ، وقال ابن الصلاح : في ثبوته نظر (ر . التلخيص ٤/ ١٩١ ح١٢١٢ ، مشكلات الوسيط ـ بهامش الوسيط (٧/ ١٩) .

(٤) حديث « أنا الرحمـٰن خلقت الرحم . . . » سبق تخريجه .

(٥) حديث أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول يوم دخل المدينة « يا أيها الناس أفشوا السلام » رواه الترمذي وقال : هـٰذا حديث صحيح ، وابن ماجه ، وأحمد ، والدارمي ، والحاكم من حديث عبد الله بن سلام (الترمذي : صفة القيامة ، باب حديث أفشوا السلام ، ح٢٤٨٥ ، ابن ماجه : إقامة الصلاة ، باب ما جاء في قيام الليل ، ح١٣٣٤ ، والأطعمة ، باب إطعام الطعام ، =

فإن قيل : خصصتم تغليظ الدية بقتل ذي الرحم المحرم ، وهاهنا علقتم الكراهية بقتل ذي الرحم ؟ قلنا : ما قدمناه في التغليظ تفصيل المذهب ، ثم ذلك أمرٌ محتوم مخالف للقياس ، اتبعنا فيه آثاراً ، وهـٰذا بيان كراهية في [التوقي][1] ، ربطناه بالأخبار الواردة في صلة الأرحام . وقال تعالىٰ : ﴿ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ﴾ [النساء : ١] .

ثم ذكر التوارث بين من يقتل من إحدى الفئتين قتيلاً من الفئة الأخرىٰ ، وقد استقصينا هـٰذا في الفرائض فلا نعيده .

ثم ذكر فصولاً تتعلق بالأمان ، وهـٰذا يأتي في كتاب السير علىٰ أبلغ وجه ، إن شاء الله عز وجل .

* * *

= ح٣٢٥١ ، أحمد : ٥/ ٤٥١ ، الدارمي : ٢/ ٢٧٥ ، الحاكم : ٣/ ٢١٣ ، ١٦٠١٤ ، إرواء الغليل : ٣/ ٢٣٩ ح٧٧٧) .

(١) في الأصل : « التوثق » .

باب
حكم المرتد

قال الشافعي رضي الله عنه : « من ارتد عن الإسلام إلىٰ أي كفر كان. . . إلىٰ آخره »(١) .

١١٠٢٢ـ [كلمة](٢) الردة إذا صدرت ممن ليس بمكلَّف كالصبيان والمجانين ، فلا حكم لها ، وسبيلها كسبيل صدور الإسلام منهم علىٰ ما تقدم ذكرهم(٣) في كتاب اللقيط .

ش٤٣ فأما المكلف من/ المسلمين إذا صدرت منه الردة ، أُجبر على الإسلام بالسيف ، فإن امتنع ، ضربت رقبته ، ولا فرق بين الرجل والمرأة ، والحر والعبد . وخلاف **أبي حنيفة**(٤) في ردة المرأة مشهور .

١١٠٢٣ـ والسكران إذا ارتد ، فردته مُجراة علىٰ قياس أقواله في العقود والحلول ، وقد ذكرنا طرق **الأصحاب** فيها .

والحاصل المتعلق بغرضنا **قولان** علىٰ طريقة مشهورة : **أحدهما** ـ أن ردته كردة الصاحي . **والثاني** ـ أن ردته ملغاة . والقولان جاريان في جميع أقواله .

ومن **أصحابنا** من رأى التغليظ [عليه](٥) ، وخصص القولين بما لا يتعلق بالتشديد والتغليظ ، فعلىٰ هـٰذا تثبت الردة منه إذا تلفظ بكلمة الردة ، ثم الصحيح إجراء القولين

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٦٥ .
(٢) سقطت من الأصل .
(٣) كذا في النسختين : « ذكرهم » .
(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٢٥٩ ، مختصر اختلاف العلماء : ٥/ ٤٧١ مسألة ١٦٢٤ ، الجامع الصغير : ٢٥١ .
(٥) في النسختين : « عليهم » . والمثبت من المحقق .

في عوده إلى الإسلام . ومن **أصحابنا** من قال : لا يصح منه ما لَه ، ويصح منه ما عليه ، فلم يصحّح إسلامه وصحّح ردته .

ثم قال **الشافعي** رحمه الله : إذا حكمنا بردته ، فينبغي ألا نقتله[١] حتىٰ يُفيق ، ونعرض الإسلام عليه ، فعساه يرجع ، فلو تاب ورجع في السكر ، فإن قلنا : لا تصح توبته ، فوجودها كعدمها . وإن قلنا : تصح توبته ، فلو أفاق ، عرضنا عليه التوبةَ مرة أخرىٰ حتىٰ يأتي بها علىٰ ذُكر وخُبْر وبصيرة .

فلو ابتدره إنسان وقتله ؛ فقد ذكر **بعض الأصحاب** خلافاً في أنه هل يضمنه كما يضمن به المسلم إذا قتله ؟ فالذي ذهب إليه **المحققون** : أنه يضمنه ؛ فإنه قتله بعد التوبة المحكوم بصحتها ، وذكر **بعض الأصحاب** قولاً في إهداره ، وزعم أنه مأخوذ من مسألة ، وهي إذا حكمنا بإسلام مولود ، وكان علوقه على الكفر ، ولـٰكن أسلم أحد الأبوين أو كلاهما ، فإذا بلغ فقتله إنسان قبل أن يعرب عن نفسه بالإسلام ، ففي وجوب الضمان ، خلاف ذكرناه في كتاب اللقيط ، ووجه التقريب عند هـٰذا القائل أن الإسلام الحاصل بالتبعية إسلام حُكميّ ، وكذلك الإسلام الحاصل في السكران إسلام حُكميّ ، لم يصدر عن ثَبَتٍ في الاعتقاد .

وهـٰذا ليس بشيء . فإنا إذا صححنا إسلامه ، [فهو متأصل في الإسلام ليس تابعاً لأحد ، فإن قيل : لم يصدر إسلامه][٢] عن عقد/ ثابت ، قيل : كذلك صدرت الردة منه في سكره ، فلا فرق بينها وبين التوبة عنها ، وإن ذكر هـٰذا القائلُ [هـٰذا القولَ][٣] البعيد فيه إذا كان قد ارتد صاحياً ، ثم سكر وأسلم ، فقد يتضح الكلام هاهنا بعض الاتضاح ، ولـٰكن لا معول عليه مع حكم الفقيه بتصحيح الإسلام من السكران ، وتنزيل أقواله وأفعاله منزلة أقوال الصاحي وأفعاله ، ولسنا نفرع علىٰ هـٰذا القول الضعيف ؛ فإنه لا مستند له من القوانين .

٤٤ ي

---

(١) ت٤ : « لا يقتل » .
(٢) ما بين المعقفين سقط من الأصل ، وأثبتناه من (ت٤) .
(٣) الزيادة من (ت٤) .

وقد نجز الكلام فيمن تثبت الردة بقوله[١] .

١١٠٢٤ـ ولا حاجة إلىٰ تفصيل القول فيما يكون ردة من الأقوال ، وإنما يغمض الكلام في تكفير المتأولين من أهل البدع ، وليس ذلك من فن الفقه .

ونحن نقول بعد هـٰذا : الأفعال إذا دلت على الكفر ، كانت كالأقوال ، وذلك إذا رأينا من كنا نعرفه مسلماً في بيت الأصنام وهو يتواضع لها تواضع العبادة ، فهـٰذه عبادة[٢] كفر . وقد يُجري الأصوليون الأفعالَ المتضمنة استهانةً عظيمة مجرىٰ عبادة الأصنام ، كطرح المصحف في الأماكن القذرة ، وما في معناه . والقول في ذلك يطول ، وهو من صناعة الأصول .

وفي بعض التعاليق عن **الإمام شيخي** : أن الفعل المجرد لا يكون كفراً ، وهـٰذا زلل من المعلِّق ، أوردته للتنبيه على الغلط فيه[٣] .

١١٠٢٥ـ وسبيلنا بعد ذلك أن نتكلم في التوبة علىٰ[٤] الردة ، فنقول : أولاً التوبة مقبولة عن كل كفرٍ ، وتقبل توبة الزنديق ، ومن كان يُظهر مذهب الباطنية ، وإن كان يبوح بوجوب التقيّة ، وما يظهره من التوبة يمكن تنزيله علىٰ قاعدة التقية ، ولـٰكن

---

(١) ت٤ : « بوجهه » .

(٢) ت٤ : فهـٰذا كفر .

(٣) ذكر الإمام هـٰذه القضية في كتابه (البرهان في أصول الفقه) حينما أورد ما حُكي عن أبي هاشم الجبائي من « أنه كان لا يرى السجود للصنم محرّماً ، وإنما المحرم القصد » وأنكر نسبة هـٰذا إليه ، وأنه لم يجده في مصنفاته مع طول بحثه عنه ، ثم قال : والذي ذكره من نقل مذهبه : أن السجود لا تختلف صفته ، وإنما المحظور المحرم القصد ، وهـٰذا يوجب ألا يقع السجود طاعة ، من جهة تصور وقوعه مقصوداً علىٰ وجه التقرب إلى الصنم . ومساق ذلك يخرج الأفعال الظاهرة قاطبة عن كونها قُرَباً ، وهـٰذا خروج عن دين الأمة ، ثم لا يمتنع أن يكون الفعل مأموراً به مع قصدٍ منهياً عنه مع نقيضه . (ر . البرهان : ١/ فقرة : ٢١٣) .

(٤) كذا في النسختين : (علىٰ) . وهو صحيح ، إذ تأتي علىٰ بمعنىٰ (عن) قاله ابن هشام في المغني ، واستشهد له بقول الشاعر :

في ليلة لا نرىٰ بها أحداً ... يحكي علينا إلا كواكبُها

أي لا يحكي عنا إلا كواكبها . (ر . مغني اللبيب : ١٩١) .

مذهب **الشافعي** أن توبة الزنادقة والباطنية مقبولة ، ولا يبقىٰ بعد الحكم بإسلام الكفار تحت السيف لمفصِّل رأيٌ في التفصيل ، مع أن الظاهر القريب من اليقين أن الكفار لم يحدثوا اعتقاد الحق ، [إذ يغشاهم][(١)] المسلمون .

وكذلك من ارتد إلىٰ دين اليهود أو النصارىٰ ، ثم عصبناه لنضرب رقبته ، فتاب/ ، فتوبته مقبولة ، والظاهر أنه جاء بها لِما استشعره من الخوف ، وقد روي أن أسامة أشرف علىٰ جمع من الكفار في العُدّة التامة ، فأسلم واحد منهم لما سلّ السيف عليه ، فقتله أسامة ؛ فاشتد نكير رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ أسامة ؛ فقال : إنما قاله فرقاً مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **هلا شققت عن قلبه ؟** »[(٢)] . ٤٤ ش

وقال **مالك**[(٣)] : توبة الزنديق مردودة ، وأضاف **الأصحاب** هـٰذا إلى الأستاذ **أبي إسحاق** رضي الله عنهما ، والصحيح عندنا من مذهبه : أن الزنديق إن حُمل على التوبة ، فتوبته مردودة . وإن رأيناه في استخلائه يظهر تخضُّعاً للإسلام وتعظيماً له وتندماً عما كان تقدم منه من انتحال[(٤)] الزندقة ، وتبين بقرائن الأحوال ، والأمر كذلك أنه لا غرض له ، إلا الرجوع إلى المسلك الحق ، فالتوبة مقبولة علىٰ هـٰذا الوجه إذا اطلعنا عليه منه .

وهـٰذا التفصيل حسن ؛ فإنه لو رُدّ رجوع الزنديق من كل وجه ، فلا يبقىٰ له طريق إلى الرجوع . وليس يمتنع أن يظهر الحقُّ لزنديق ، كما لا يمتنع أن يتزندق مسلم .

ومذهب **الشافعي** قبول توبة الزنديق وإن كان مجبراً عليها اعتباراً بتوبة كل مرتد ، فلو ارتد المسلم ، ثم عاد ، ثم ارتد مرة أخرىٰ ؛ فمذهب **الشافعي وأصحابه** قبول

---

(١) في الأصل : ويغشاهم .

(٢) حديث « هلا شققت عن قلبه » متفق عليه من حديث أسامة بن زيد (البخاري : المغازي ، باب بعث النبي صلى الله عليه وسلم أسامة بن زيد إلى الحُرَقات من جهينة ، ح٤٢٦٩ ، والديات ، باب قول الله تعالىٰ : (ومن أصابها . . .) ، ح٦٤٧٨ ، مسلم : الإيمان ، باب تحريم قتل الكافر بعد أن قال لا إلـٰه إلا الله ، ح٩٦) .

(٣) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢/٨٤٦ مسألة ١٦٤٦ ، عيون المجالس : ٥/٢٠٨١ ، مسألة : ١٥٠٢ ، القوانين الفقهية : ٣٥٧ ، الكافي : ٥٨٥ ، المعونة : ٣/١٣٦٣ .

(٤) ت٤ : الأعمال .

توبته ، وإن تكرر ذلك منه ، ولا ضبط في أعداد المرات .

وحكىٰ **العراقيون** عن **أبي إسحاق المروزي** أنه قال : إنما تقبل التوبة في الكرة الأولىٰ ، فإذا ارتد مرة أخرىٰ ، لم تقبل توبته أصلاً . وهـٰذا من هفواته الفاحشة ، ولا مبالاة بها .

١١٠٢٦ـ ونحن نذكر بعد ذلك استتابةَ المرتد ، والتفصيلَ فيها . فنقول : الوجه مراجعتُه وعرضُ التوبة عليه ، وهل نمهله ثلاثة أيام لعله يتوب ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما ـ** أنا لا نمهله ، وهو مذهب **المزني** ؛ فإنه محمول بالسيف على الإسلام ، وإسلامه يناقض هـٰذا المعنىٰ ، ولا حياة في لحظة في الإصرار على الردة . **والقول الثاني ـ** أنا نمهله ثلاثة أيام ، وهو فيها محبوس ، ولا نمنعه الشراب والطعام .

ومعتمد هـٰذا القول مذهب **عمر** رضي الله عنه ، روي أن رجلاً قدم عليه من الشام ، فقال له : هل من مَغْرَبَةِ خبرٍ ؟[١] فقال : لا ، إلا إن نصرانياً أسلم ، ثم ارتد ، فقتله أبو موسى الأشعري . فرفع عمر يديه نحو السماء ، فقال/ : « **اللهم إني أبرأ إليك مما فعل أبو موسىٰ ، هلا حبستموه[٢] في بيت ثلاثاً تلقون إليه كل يوم رغيفاً ، لعله يتوب** » ؟[٣] ، ووجهه من جهة المعنىٰ أنا نرجو عوده إلى الإسلام ، وهو أقرب إلى الصلاح من ابتدار قتله .

ي ٤٥

ثم التقييد بالثلاث مأخوذ من قول عمر ، ثم هي مدة ثابت بها خيار الشرط ، ومال إلى التأقيت بها أقوال في مسائل : كإمهال تارك الصلاة ، وكالفسخ بسبب العتق تحت

---

(١) مغربة خبر : أي خبر جديد ، ثم هي بفتح الميم وسكون الغين وكسر الراء وفتحها مع الإضافة . وقال الرافعي : « شيوخ الموطأ فتحوا الغين وكسروا الراء وشدّدوها » . وهو في الموطأ كما قال (٢/ ٨٣٧) .

(٢) ت٤ : « خليتموه » .

(٣) أثر عمر رضي الله عنه رواه مالك في الموطأ (٢/ ٨٣٧) ، والشافعي (ترتيب المسند : ٢/ ٨٧ ح ٢٨٦) وعبد الرزاق في المصنف (١٨٦٩٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٧/ ٥٩٩) ، والبيهقي في الكبرىٰ (٨/ ٢٠٦) ، وفي المعرفة (٥٠٣٢) ، وانظر التلخيص : (٤/ ٩٤ ح٢٠١٦) .

الزوج المملوك ، ونفي المولود ، وإمهال المُولي إذا امتنع من الفيئة والطلاق ، وإمهال المعسر بالنفقة . هـٰذه المسائل يجرىٰ فيها قول في الإمهال ثلاثاً .

١١٠٢٧ـ فإذا تبين أصل القولين ؛ فقد اختلف **أصحابنا** في تنزيلهما ، ونحن نذكر ترتيباً يجمع مسالك **الأصحاب** ، فنقول : القولان في وجوب الاستتابة ، فإن أوجبناها ، فلا كلام ، وإن لم نوجبها ، فهل نستحبها ، أم لا يجوز الإمهال أصلاً ؟ فعلىٰ **وجهين** . وعلى الأقوال كلها لو ابتدر مبتدر وضرب رقبة المرتد ، فهو هدر ، وإن أنّبنا[١] المبتدر . كذلك لو قتله قاتل قبل الاستتابة . وإذا لم نر الإمهال ، ففي وجوب الاستتابة تردد عندنا .

ولو حُق قتله على الطرق كلها[٢] ، فقال : اعترضت لي شبهة فأزيلوها ، فهل [نناظره فيها ساعين][٣] في إزالة الشبهة وإظهار الحق ؟ ذكر **العراقيون وجهين** : **أحدهما** ـ أن ذلك واجب . فإن إقامة الحجاج علىٰ كل ذي شبهة سهل . **والثاني** ـ أنا لا نفعل ذلك ؛ فإن مسالك الشبهة[٤] قد تدقّ مداركها ، فيطول الكلام في المرادّات ، وقد يذكر شُبهاً كثيرة من أول العَقْد إلىٰ آخره ولا يُفصل الاعتراض[٥] فيها في سنة ، فلا معنىٰ لالتزام ذلك . فإن قيل : كيف طريقه إذا اعترضت له شبهة ؟ قلنا : يمكنه أن يبقىٰ علىٰ إظهار الإسلام ، ثم يستفيد الأجوبة عن الشبه من أئمة الصناعةِ ؛ فإن ذلك معتاد في أهل الإسلام وطلبةِ العلم منهم .

وقد نجز القول في التوبة عن الردة .

---

(١) كذا في النسختين : أنبنا : أي عزّرنا ، كما هو لفظ العز بن عبد السلام ، والرافعي (ولعل فيها تصحيفاً) .
(٢) ساقطة من (ت٤) .
(٣) في الأصل : « يناظر فيها ساعياً » .
(٤) ت٤ : « الشبه » .
(٥) ت٤ : « ينفصل الأعراض » .

فَصْلٌ

ش ٤٥ **قال** : « **ويوقف مالُه إذا ارتد وله مال/ . . . إلىٰ آخره** »[(١)] .

١١٠٢٨ـ اختلف قول **الشافعي** في أن من ارتد هل يزول ملكه بنفس الردة ، أم كيف السبيل فيه ؟ وحاصل ما تلقاه **الأئمة** من كلام **الشافعي ثلاثة أقوال** : **أحدها ـ** أن الملك يزول بنفس الردة ، كما يزول استحقاق النكاح قبل الدخول . **والقول الثاني ـ** أنه لا يزول ملكه إلىٰ أن يموت ، أو يقتلَ مرتداً ، وليس ملك اليمين كالنكاح ، فإن إدامة نكاح المرتد على المسلمة يتضمن غضاً من الحرمات ، وإن فرضنا ارتداد الزوجين فالمرتدة في المعنىٰ كالمسلمة في هـٰذا المأخذ . **والقول الثالث ـ** أن الملك موقوف ، فإن عاد إلى الإسلام ، تبيّنّا أنه لم يزل بالردة ، وإن قتل مرتداً أو مات على الردة ، تبيّنّا أن الملك زال بنفس الردة ، والردة في العمر في ملك اليمين كمدة العدة إذا فرض طريان الردة بعد تقيد النكاح بالمسيس[(٢)] .

١١٠٢٩ـ فإذا ثبتت الأقوال ، **فالتفريع عليها** : فإن حكمنا بأن الملك يزول بالردة فالتصرفات التي تستدعي ملكاً مردودة من المرتد ، ولو كان التزم دَيْناً قبل الردة بجهة من الجهات ، فديونه الثابتة قبل الردة مؤداة من الأموال التي ارتد عليها ، وهـٰذا متفق عليه بين الأصحاب ؛ فإن الردة وإن أزالت الملك ، فحقها أن تكون كالموت ؛ إذ الموت مزيل للملك ، ثم الديون الثابتة في حالة الحياة تتعلق بما يخلّفه الميت ، وهي متقدمة علىٰ حقوق الورثة ، فلتقدم علىٰ حقوق أهل الفيء[(٣)] ، بل هـٰذه الديون أولىٰ

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٦٥ .

(٢) المعنىٰ أن الملك يوقف إذا ارتد ، فإذا هلك مرتداً ، تبيّنا زوالَ ملكه ، وإن عاد إلى الإسلام ، تبينا أن ملكه لم يَزُل ، وهـٰذا كالنكاح بعد الدخول ، فإن ارتدّ الزوج ومات مرتداً ، تبينا ارتفاع النكاح بالردة ، وإن عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا أن النكاح لم يَزُل ، ومدة العمر في الملك كمدة العدة في النكاح .

(٣) المعنىٰ : أن مال المرتد الذي يزول ملكه عنه يكون فيئاً ، وأصحاب الديون أحق من أهل الفيء .

بالتعلق بالمال من جهة أن الزوال بالردة [عرضة للارتفاع][١] ؛ لأن المرتد إذا أسلم عاد ملكه ، والموت يزيل الملك على البتات ، ويثبت حق الورثة على اللزوم . ولا خلاف [أنّا][٢] ننفق على المرتد من ماله ما بقّيناه .

وهل يتعلق بماله نفقات أقاربه الذين يلتزم المسلم نفقاتهم ؟ ما ذهب إليه **جماهير الأصحاب** أن نفقاتهم تؤدىٰ من ماله في حياته ، فإن مات مرتداً أو قتل ، فإذ ذاك يصرف الباقي إلىٰ أهل الفيء .

وذهب **الإصطخري** إلىٰ أن نفقات الأقارب لا تتعلق بماله علىٰ هـٰذا القول ، فإن سبيلها أن تتعلق بالملك ، [ولا][٣] ملك للمرتد/ على القول الذي عليه التفريع ، [والدليل][٤] عليه أنها تسقط بالموت ، وإن كانت علائق الديون تتعلق بالتركة ، وهـٰذا الذي ذكره هو القياس الجلي . ٤٦ ي

ولو أتلف المرتد مالاً ، فهل تؤدىٰ قيمة المتلف من ماله ؟ والتفريع علىٰ زوال ملكه ـ **قال القاضي** : يجوز أن يخرج ذلك على الخلاف في أن نفقة الأقارب هل تتعلق[٥] بماله إلى اتفاق بيان أمره .

ولو اكتسب المرتد علىٰ هـٰذا القول ـ بأن احتش أو احتطب ـ فالوجه : تثبيت الملك ، ثم ظاهر القياس أن الملك يثبت لأهل الفيء ابتداءً ، كالعبد يكتسب بهـٰذه الجهات ؛ فإن الملك يحصل فيما يحصل بالاحتشاش والاحتطاب والاصطياد للمولىٰ ، ويجب أن يكون القول في شرائه كالقول في شراء العبد بغير إذن المولىٰ ، وكذلك الكلام في قبول الهبة كالكلام في قبول العبد الهبة من غير إذن السيد .

ثم إذا عاد إلى الإسلام عاد ملكه ، كالعصير تزول المالية بانقلابه خمراً ، فإذا عاد خَلاً عاد مالاً ، وكالبيضة تبطل المالية فيها بانقلابها مَذِرةً ، فإذا صارت فرخاً ، عادت

---

(١) في الأصل : « عن نفسه بالارتفاع » .
(٢) في الأصل : « أنما » .
(٣) في الأصل : « فلا » .
(٤) في الأصل : « فالدليل » .
(٥) ت٤ : « هل تتعلق بماله يوماً يوماً إلى اتفاق أمره » .

مالاً ، وجلد الشاة تبطل المالية فيه إذا ماتت الشاة ، ثم إذا دُبغ ، عاد مالاً .

فإذا قلنا : الدين السابق يؤدَّىٰ من المال ، فلو كان قد رهن عيناً من الأعيان ، فالرهن لا ينفك بردته حتىٰ يقضي الدين ، وكل ذلك متفق عليه ، هٰذا تفريعٌ علىٰ قول زوال الملك .

١١٠٣٠ـ وإن قلنا : الملك باق مع الردة ، فللسلطان أن يضرب عليه حجراً لأهل الفيء على الجملة ، واختلف **أصحابنا** في أنه هل يصير بنفس الردة محجوراً عليه من غير احتياج إلىٰ ضرب الحجر ؟ فمنهم من قال : لا يصير محجوراً عليه ما لم يحجر عليه الوالي .

وبنىٰ **أصحابنا** هٰذين الوجهين علىٰ أن الرجل الرشيد إذا صار سفيهاً ، فطريان هٰذا المعنىٰ عليه بعد الرشد هل يوجب اطراد الحجر عليه ، أم هو مطلق إلىٰ أن يحجر القاضي عليه ؟ فيه خلاف مشهور في كتاب الحجر ، فإن قلنا : لا يصير محجوراً بنفس الردة ، فجملة تصرفاته/ نافذة من غير أن يُتعقب بالنقض ، وإن قلنا : يصير محجوراً عليه لو ضرب السلطان عليه حجراً ، فما الذي يمتنع عليه من التصرف ؟ اختلف **أصحابنا** في منزلة الحجر في حقه ؛ فمنهم من قال : سبيله إذا جرى الحجر عليه كسبيل المبذر السفيه ؛ لأنه أتاه الحجر من صفة في نفسه ، فالتعويل علىٰ رعاية حقه . ومنهم من قال : سبيله سبيل المحجور عليه بالفَلَس ، وقد مهدنا في الكتب[1] تصرفَ السفيه وتصرفَ المفلس ، [وتشبيهُه][2] بالمفلس موجَّهٌ ، [بأن][3] المرعي حقوق أهل الفيء . (ش ٤٦)

وتمام البيان في ذلك أنا إذا قلنا : لا يصير محجوراً عليه في الحال ، فالمذهب أن تصرفاته نافذةٌ ، كما قدمناه ، وقال **بعض أصحابنا** : تصرفاته كتصرفات المريض مرض موته ؛ لأن [السيف قريب][4] منه .

---

(١) ت٤ : « الكبير » ، وقد مضىٰ ذلك في (كتاب الحجر) أصلاً ، وفي مواضعَ أخر عَرَضاً .

(٢) في الأصل : « بتشبيهه » .

(٣) في الأصل : « فإن » ، والمثبت من (ت٤) .

(٤) في النسختين : « السفيه قرب » . والمثبت تصرف من المحقق نرجو أن يكون صواباً . والمعنىٰ =

وهـٰذا مأخوذ مما قدمناه في كتاب الوصايا ، وهو أن من قُدّم للاقتصاص منه ، فأعتق ووهب ، فهل يكون ما صدر منه بمثابة التبرعات في مرض الوفاة ؟ فيه اختلاف .

وهـٰذا الوجه عندي باطل هاهنا ، فإن دفع السيف متعلق باختيار المرتد ، وهو متمكن من إظهار كلمة الإسلام ، ولتمكنه من إظهارها نقتله إذا أصر ، ولم يظهرها .

ثم من ألحقه بالمريض ، فلا ينبغي أن يقدر له ثلثاً ؛ فإن حقوق أهل الفيء كحقوق الغرماء ، ولا تفريع على الوجوه الضعيفة .

١١٠٣١ـ وإن فرعنا علىٰ قول الوقف ؛ فالحجر علىٰ ما ذكرناه ، فإنا إذا كنا [نثبت][١] الحجر على التفاصيل المتقدمة تفريعاً علىٰ أن الردة لا تزيل الملك ، فالحجر ـ وهو وقفٌ ـ بقول الوقف أليق[٢] ، ولو فرض منه تصرف قبل حكمنا باطراد الحجر عليه ، فكل تصرف لا يقبل الوقف ، فهو غير صحيح منه علىٰ قول الوقف ، وكل تصرف يقبل الوقف يصح منه موقوفاً ، فإن قُتل مرتداً بان بطلانه ، وإن عاد إلى الإسلام ، بانت صحته ، وكل تصرف يختلف القول في قبوله الوقف/ ، فهو خارج على الخلاف في هـٰذه المسألة ، وقد نجز الكلام في أملاكه وتصرفاته . ٤٧ ي

١١٠٣٢ـ والمرتد لا يرث أحداً ، لا كافراً ولا مسلماً ولا مرتداً ، ولا يرثه أحد فيه كفر أو عُلقة للإسلام ، فيمتنع توريث المسلم منه وتوريثه من المسلم ، بما فيه من الكفر ، ويمتنع توريث الكافر منه وتوريثه من الكافر لما فيه من عُلقة الإسلام .

١١٠٣٣ـ ثم قال الشافعي رحمه الله : « **ويقتل الساحر إن كان ما يسحَر به كفراً** » ، وهـٰذا كما قال . واستقصاء القول فيما يوجب التكفير لا يليق بهـٰذا الفن . وعن عمر

= أن السيف قريب من عنق المرتد ، ويرشح هـٰذا المعنىٰ قوله الآتي : إن من قدم للاقتصاص ، فأعتق ووهب ، فهل يكون ما صدر منه بمثابة التبرعات في مرض الموت ؟ .

(١) في الأصل : « نفصل » ، والمثبت من (ت٤) .

(٢) ت٤ : « فالحجر وهو موقوف بقول الوقف ، ولو فرض . . . إلخ » .

أنه قال : « اقتلوا الساحر والساحرة » ، وروي أنه أمر بقتلهما[(١)] ، وقَتلت أم سلمة جاريةً لمّا سحرتها بسُمّ[(٢)] .

١١٠٣٤ـ قال : « **ومن قتل مرتداً قبل أن يستتاب. . . إلىٰ آخره** »[(٣)] أراد أنا وإن أوجبنا الإمهال أياماً ، فلو ابتدر مبتدر ، فقتل المرتد ، فلا قود ، وعُزّر[(٤)] .

وكذلك إذا قتله كما[(٥)] بدرت منه كلمة الردة قبل الاستتابة فنحكم بالإهدار ، ويعزر من فعل ذلك للافتيات على الإمام ، وكل هـٰذا مما سبق تمهيده .

فَصْلٌ

إذا شهد شاهدان علىٰ ردة شخص ؛ فقال المشهود عليه : كَذَبا في شهادتهما ، أو قال : ما ارتددت ، فالشهادت مسموعة ، والحكم بالردة نافذ ، ولا يقبل تكذيب الشاهدين ، ويقال : الخطب يسير ؛ فجدد الإسلام ، فإذا فعل ، زال حكم الردة بعد انقضائها . وأثر ما ذكرناه أنه لو كانت له زوجة غيرُ مدخول بها ، فقد بانت بالشهادة . وتجديدُه الإسلام لا يرفع الحكم الطارىء[(٦)] ، ولـٰكن سبيله سبيل المرتد .

فلو شهد الشاهدان كما ذكرناه ، فقال المشهود عليه : كنت مكرهاً فيما صدر مني ، نُظِر ؛ فإن كانت قرائن الأحوال تصدقه في دعوى الإكراه : مثل أن كان في

---

(١) أثر عمر « اقتلوا الساحر والساحرة » رواه أبو داود ، وعبد الرزاق ، وابن أبي شيبة ، وسعيد بن منصور ، وأحمد ، والبيهقي (ر . أبو داود : الإمارة ، باب في أخذ الجزية من المجوس ، ح ٣٠٤٣ ، مصنف عبد الرزاق : ١٠/ ١٧٩ـ١٨١ ، مصنف ابن أبي شيبة : ١٠/ ١٣٦ ، سنن سعيد بن منصور : ص٩٠ـ٩١ ، المسند : ١/ ١٩٠ ، ١٩١ ، البيهقي : ٨/ ١٣٦) .

(٢) خبر « وقتلت أم سلمة جارية لما سحرتها بسمّ » لم نصل إليه عن أم سلمة وإنما المعروف أنه عن حفصة ، وخبر حفصة رواه مالك (الموطأ : ٢/ ٨٧١ كتاب : العقول ، ح ١٤) ، والشافعي (ترتيب المسند ٨٩/٢ رقم ٢٩٠) ، وعبد الرزاق (١٠/ ١٨٠ـ١٨١) ، وابن أبي شيبة : (٤١٦/٩) ، والبيهقي : (٨/ ١٣٦) .

(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٦٥ .

(٤) ت٤ : « كان هدراً » .

(٥) كما : بمعنىٰ عندما .

(٦) ت٤ : الجاري .

أسر ، أو محفوفاً بجمع من الكفار [يظهر][١] الاستقصاء[٢] منهم ، فإذا كان الأمر كذلك ؛ فالقول قول المشهود عليه مع يمينه ، وإنما نصدقه لظهور الأحوال ، ثم نحلّفه ؛ لأنه لا يبعد اختياره للتلفظ بكلمة الردة مع ما وصفناه من الأسباب التي تغلّب على/ الظنون الإكراه ، وإن لم يُظهر المشهود عليه الأحوالَ الدالة على الإكراه ؛ فظاهر المذهب أن دعوى الإكراه لا تُسمع منه . ٤٧ ش

وهـٰذا يستدعي مزيد كشف سيأتي في كتاب الشهادات ، إن شاء الله عز وجل ؛ إذ الشهادة المطلقة على العقوبة[٣] مسموعة محمولة على الصحة كالشهادة على البيع ونحوه ، وذكر بعض **الأصحاب** قولاً مخرجاً ضعيفاً : أن الشهادة لا تقبل ما لم تشتمل علىٰ ذكر الشرائط المرعية في الصحة ، فالشهادة على الردة تخرج علىٰ هـٰذا ، فإن ما تحصل الردة به عَسِر المُدرك ، لا يستقل به إلا خواص العلماء ، فإذا أطلق الشاهد لفظ الشهادة في الردة ، فهل يقع القضاء بها ؟

الظاهر أنه يقع القضاء بها ، ويخرج في المسألة القول الذي ذكرناه ، وخروجه في هـٰذا المقام أوضح وأولىٰ ؛ لما في التكفير وأسبابه من اضطراب العلماء ، فإذا لم تُقبل الشهادة ، لم نحكم بالردة ، والوجه قبولها ، والحكم بالردة . وسيأتي استقصاء ذلك في كتاب الشهادات ، إن شاء الله عز وجل .

١١٠٣٥ـ فلو قال الشاهدان : نشهد بأنه تلفظ بالردة ، ولم يطلقا الشهادة بأنه ارتد ، فلو قال المشهود عليه : صدقا ، ولـٰكني كنت مكرَهاً ، قال **شيخي أبو محمد** : قوله مقبول ؛ فإنه ليس يناقض الشهادة ، ولا يتضمن تكذيبها ؛ فإن المكره يتلفظ ، والذي يشهد عليه الشاهدان التلفّظ بالردة ، ثم قال : الحزم أن يجدد الشهادتين .

فإن قتله قاتل والحال كما وصفناها قبل أن يجدد الشهادتين ، فهل يضمنه ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ أنه لا يضمنه ؛ لأن لفظ الردة قد ثبت ، ولم يتعرض الشاهدان للإكراه ولا للاختيار ، والأصل في أحوال الناس الاختيار ، فكل لافظ فهو في إنشاء

(١) في الأصل : « فظهر » .
(٢) ت٤ : « الاستشعار » .
(٣) ت٤ : « العفو » .

لفظه مختار ، والأصل براءة ذمة القاتل ، وقد وجدنا مستنداً للإهدار . **والقول الثاني ـ** أنه يضمنه بالقصاص أو الدية ؛ فإن الردة لم تثبت ، والأصل حكم الإسلام . وهـٰذا يقرب من القاعدة المسماة تقابُل الأصلين .

وفي هـٰذا فضل نظر ؛ فإن ادعى المشهود عليه أنه كان مكرهاً ، وحلف علىٰ ذلك ، فالوجه عندنا : القطع بأنه مضمون ؛ فإن اللفظ وإن ثبت ـ فقد ثبت الإكراه بالحجة ، وإن لم/ يحلف أو لم يدّع ، وجرت الشهادة على اللفظ ، ثم فُرض القتل قبل تجديد كلمة الإسلام ، فهـٰذا فيه احتمال ، والذي أراه : تنزيل القولين علىٰ هـٰذه الصورة . ي٤٨

فَصْلٌ

١١٠٣٦ـ لو مات رجل كنا عهدناه مسلماً ، وخلف ابنين مسلمين ، فقال أحدهما : مات أبي كافراً ، وقال الثاني : مات مسلماً ، ولا بينة ، فالذي قال : مات مسلماً ، تسلم إليه حصتُه من الميراث ، والذي قال : مات أبي كافراً ، نظر فيه : فإذا ذكر لفظاً في الكفر لا يُتمارىٰ فيه ، وزعم أنه سمعه في آخر العهد يذكره ، فلا شك أنه يكون محروماً من الميراث ، وتكون حصته مصروفة إلى الفيء ؛ فإنه مؤاخذ بإقراره ، ولو أنه قال : مات كافراً ولم يذكر تفصيلَ كفره ، فما حكم حصته ؟

ذكر **الصيدلاني والإمام والدي قولين** في المسألة : **أحدهما ـ** أنه تصرف حصته إلىٰ جهة الفيء ؛ فإنه أقر بكفره ، فيؤاخذ بإقراره ، فأشبه ما لو فَصَّل الكفر . **والقول الثاني** ـ أنا لا نحرمه الميراث ، بل نصرف حصته إليه ، هـٰكذا ذكر **شيخنا** هـٰذا القول ، وهو فحوىٰ كلام **الصيدلاني** ، ووجهه : أنه لم يفصل الكفر ، ولم تثبت الردة بقوله ، إذ لو ثبتت ، لصرفت حصته إلىٰ أهل الفيء ؛ فإذا لم تصرف ، فلا وجه إلا التوريث ، وإلغاء اللفظ الذي جاء به [ومن][1] ورث مالاً ، لم يمكنه إسقاط حقه مما ورثه بالامتناع عن قبوله .

وذكر **صاحب التقريب** هـٰذين القولين علىٰ وجه آخر ، فقال : **أحد القولين ـ** أن

---

(١) في الأصل : من (بدون واو) .

حصته تصرف مصرف الفيء ، **والقول الثاني** ـ إنه لا يصرف إلى الفيء ، وقد أطلق الكفر ولم يفصله ، ثم قال : كما لا نصرفه إلى الفيء لا نصرفه إليه ، بل نقِفه ، فإن فصّل وذكر كفراً محقَّقاً ، صرفنا الحصة إلىٰ أهل الفيء ، فإن لم يتعرض للتفصيل ، فيبقى المال موقوفاً إلىٰ أن نتبين . وهـٰذا الذي ذكره **صاحب التقريب** أقيس ، وأشبه بالأصول ، وهو الذي ذكره **العراقيون** .

فَرْعٌ : ١١٠٣٧ـ قال **صاحب التقريب** إذا أسر الكفار مسلماً ، وأكرهوه على التلفظ بالكفر ، فتلفظ به ، فلا نحكم بكفره . فلو ثبت ذلك عندنا من حاله ، ثم بلغنا أنه مات ولم يتجدد علمٌ آخر ؛ فحكمه حكم المسلمين/ ، يرثه المسلمون ويرثهم . ٤٨ ش

فلو عاد إلىٰ بلاد الإسلام ـ وقد وضح منه ما قدمناه ـ فإن الوجه : أن نعرض عليه الدينَ وإظهار الإسلام ، فإن أتىٰ بما نطلبه ، فلا كلام ، وإن أبىٰ ، ولم يظهره ، قال : فنحكم بردته ، فإنه قد انضم امتناعه الآن إلىٰ ما سبق منه من لفظ الكفر ، فيدل ذلك علىٰ أنه كان مختاراً في ابتداء لفظه . ومن أكره علىٰ شيء ، فخطر له أن يأتي به مختاراً ، فلا حكم للإكراه ، فإذا سبق منه اللفظ ولحق الامتناع عن التلفظ بالإسلام ، كان ذلك آية بينة في أنه كان مختاراً عند اللفظ ، قطع به **صاحب التقريب** ، وهو الذي ذكره **العراقيون** .

وفيه احتمال عندي ظاهر ، فإنه لم يسبق منه اختيار ، والأمر محمول علىٰ ظاهر الإكراه ، ويلزم منه دوام حكم الإسلام ، ومن كان حكم الإسلام له مستمراً ، فامتناعه عن تجديد الإسلام لا يغير الحكم بالإسلام .

فَرْعٌ : ١١٠٣٨ـ قال **العراقيون** : إذا أسر الكفار مسلماً ، فارتد فيهم مختاراً ، وتحقق ذلك عندنا ، ثم صح عندنا أنه كان يصلي صلاة المسلمين في دار الحرب ، قالوا : نجعل ذلك إسلاماً منه ، بخلاف ما لو صلىٰ كافر في ديار الإسلام ؛ فإن ذلك لا يكون إسلاماً ؛ إذ الصلاة في دار الإسلام قد تشوبها مراعاة المراءاة بخلاف دار الحرب ، وهـٰذا الذي ذكروه غير صحيح .

والوجه في قياس **المراوزة** القطع بأنا لا نحكم له بالإسلام كما لو صلىٰ في دار الإسلام . ثم ما ذكروه يقتضي أن يقولوا : إذا رأينا كافراً أصليّاً في دار الحرب يصلي

علىٰ هيئة صلاة الإسلام ، فنحكم بإسلامه ، لما ذكروه في حق المرتد . ولو قال قائل بهٰذا ، لكان صائراً إلىٰ مذهب **أبي حنيفة**[١] ، فإنه يجعل الصلاة من الكافر إسلاماً ، وهٰذا ما لا سبيل إلى القول به .

وتلك المسألة فيها غموض ، وإن تناهينا في تقرير حقيقتها ، فإنا ذكرنا أن من الأفعال ما يوجب الكفر ، كالتقرب إلى الصنم ، فالذي ذكره **العراقيون** في أن الصلاة تكون إيماناً في الصورة التي ذكروها في البعد كما حكيناه عن **شيخنا** في أن التقرب إلى الصنم لا يكون كفراً ، ولا تعويل على الأمرين جميعاً .

/فصل

ي ٤٩

قال : « ولا يُسبىٰ للمرتدين ذرية . . . إلىٰ آخره »[٢] .

١١٠٣٩ـ مضمون هٰذا الفصل الكلام في أولاد المرتدين . فنقول أولاً : إذا التحق المرتدون رجالاً أو نساء بدار الحرب ، لم نثبت لهم حكمَ أهل الحرب بوجه ، ومهما[٣] ظفرنا بهم ولم يُسلموا ، ضربنا رقابهم ، ولا نسترقهم ، ولا نسبي النساء منهم .

فأما أولادهم ، فالولد الذي حصل العلوق به في الإسلام ، فالردة الطارئة لا تغير حكمه ، سواء فرض ارتداد الأبوين بعد الانفصال ، أو قدر ذلك والجنين مجتن ، فحكم الإسلام لا يزول ؛ إذ الإسلام يستتبع الولد لقوته وسلطانه ، والردة لا تستتبع المولود .

ولو حصل العلوق بالولد في حالة الردة ـ وذلك بأن تعلق مرتدة من مرتد ، فحاصل ما ذكره **الأصحاب ثلاثة أقوال** : **أحدها** ـ أن للولد حكم الردة ؛ نظراً إلى الأبوين ، **والقول الثاني** ـ أن الولد في حكم الكافر الأصلي ، فإنه لم يباشر الردة ولا الإسلام ،

---

(١) ر . حاشية ابن عابدين : ١/ ٢٣٥ ، الاختيار : ٤/ ١٥٠ .
(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٦٥ .
(٣) مهما : بمعنىٰ : إذا .

وأبواه ليسا مسلمين . **والثالث** ـ أن حكمه حكم الإسلام لما في أبويه من عُلقة الإسلام ، ولذلك يجبران على العَوْد إلى الإسلام ، وما أتلفه المرتد في حالة الردة ، فهو مطالب به ، والصلوات التي تمر عليه مواقيتُها ـ مقضيةٌ ، وكل ذلك من آثار علائق الإسلام ، والمغلّب في المولود حكم الأصل .

فإن قلنا : أولاد المرتدين بمثابتهم ، لهم حكم الردة ؛ فلا يُسبَوْن كما لا يسبىٰ آباؤهم ، وإن حكمنا لهم بالإسلام ، فلا شك أنهم لا يُسبَوْن ، وإن قلنا : هم بمثابة الكفار الأصليين ، فلا يمتنع أن يُسبَوْا ويُسترقوا ، أو تقبل منهم الجزية إذا بلغوا ، وأحكامهم أحكام الكفار الأصليين في كل معنىٰ ، ولا فرق عندنا بين أولاد المرتدين وبين أولاد أولادهم ، خلافاً **لأبي حنيفة**[1] ؛ فإنه قال : أولاد أولاد المرتدين يُسبَوْن ، وأولادهم لا يُسبَوْن .

١١٠٤٠ـ ومما ذكره **الأصحاب** على الاتصال بهٰذا أن المعاهدين والذميين إذا نقضوا العهود ، والتحقوا بدار الحرب ، ولهم أولاد في دار الإسلام ، فحكم العهد مستدام فيهم ؛ فإن الآباء لما عوهدوا أو/ عقدت لهم الذمة ، ثبت حكم الذمة ٤٩ ش للأولاد . ثم لا تنتقض حرمة العهد والذمة في حقهم ، وإن نقضه الآباء . فإذا بلغوا ، فإن قبلوا الجزية ، أقررناهم بها في دار الإسلام ، وإن أبَوْا أن يقبلوا ، لم نقتلهم ، وألحقناهم بمأمنهم ، ولا نُلزمهم الجزية [بهٰذا][2] ، خلافاً **لأبي حنيفة**[3] .

وهٰذا الفصل سيعود مستقصىً في كتاب السير ، وفيها نذكر أحكام ما يخلّفون عندنا من الأموال ، والتفصيلَ فيه إذا صاروا حرباً لنا ، فأرقفناهم كما[4] وقعوا في الأسر ، وهو من الفصول المعروفة ، والقدرُ الذي ذكرناه في أحكام أولادهم رمزٌ هاهنا ، واستقصاؤه بين أيدينا ، والله المستعان .

* * *

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢٥٩ .
(٢) في الأصل : فهٰذا .
(٣) ر . البدائع : ١٠/ ٤٣٨٦ ، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٨٤ .
(٤) كما : بمعنىٰ عندما .



كتاب الحدود

١١٠٤١- الحد في اللغة : المنع ، ومنه سُمي البواب حداداً ، وحدود الأشكال أطرافها ؛ لأنها فواصل يُمنع بها اختلاط المحدود بغيره ، ولما نزل قوله تعالىٰ : ﴿ عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ ﴾ [المدثر : ٣٠] أبدى المنكرون هراء ، وقالوا : لم نسمع بهٰذه العِدّة في الحدَّادين ، أي في البوابين . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **لا تقاس الملائكة بالحدَّادين** » ، فأرسله مثلاً[1] . ومنه سميت العبارات عن الحقائق حدوداً ، وبه يسمى الحديد حديداً لامتناعه عن تولّج شيء فيه ، والحدّ مصدر حدّ يحُد ولا يجمع ، وهو اسم للعقوبة المقامة علىٰ مستوجبها ، فإن جُعل اسماً جُمع حدوداً ، وهي مأخوذة من المنع ، فإنها زواجر عن ارتكاب الموبقات .

١١٠٤٢- ثم الحدود في قواعدها ثلاثة أصناف : الجلد ، والقطع ، والقتل .

وأما الجلد ؛ فيقع حداً في الزنا ، والشرب ، والقذف . فحد الزنا مائة جلدة مع التغريب ، كما سيأتي الوصف عليه ، وحد الشرب علىٰ أصل المذهب أربعون جلدة ، وحد القذف ثمانون . وحد الزنا والشرب لله عز وجل ، وحد القذف للمقذوف . والعبد في الحدود الواقعة في الجلد على النصف من الحر .

وأما القطع فحد السرقة ، وحد قطع الطريق ، وهما لله تعالىٰ ، والعبد والحر فيهما بمثابة .

وأما القتل/ فينقسم إلى الرجم والقتل ، فأما الرجم ، فحد المحصن في الزنا . ٥٠ ي

(١) حديث « لا تقاس الملائكة بالحدادين » لم نقف عليه علىٰ أنه من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بل المشهور في كتب الأمثال وغريب الحديث نسبة هٰذا القول إلى الصحابة ،والمثل مشهور بلفظ « تقيسُ الملائكة بالحدادين! » (ر . غريب الحديث لابن الأثير ، جمهرة الأمثال : ١/ ٢١٧ رقم ٣٧٢ ومجمع الأمثال : ١/ ٩٠) .

والقتل يقع في قطع الطريق حداً علىٰ من قَتل ، وهو واجب على المصرّ على الردة .

ثم وَضْعُ الحدود على التنكيل ، والمعاقبةُ علىٰ ما سبق ، والزجر عن احتقاب أمثال تيك الكبائر في المستقبل . فإن لم يكن قتلاً ، أفاد زجر المحدود وزجرَ غيره ، وإن كان قتلاً ، فهو عقوبة على المحدود وزجرٌ لغيره ، وقيل : المرتد وإن لحق بالحدود ، فليس في معناها ؛ فإنه دعاء بالسيف إلى الإسلام ، وهو بمثابة دعاء الكفار إلى الإسلام ، إلا أنهم قد تقبل منهم الجزية ، والمرتد مدعو إلى الإسلام ، فإن التزمه ، فذاك ، وإلا فالسيف واقع به .

١١٠٤٣ـ ثم إن **الشافعي** أفرد لكل صنف من أصناف الحدود كتاباً ، وافتتح الكلام في حد الزنا ، وقد ورد في حد الزنا آيتان ، إحداهما : قوله تعالىٰ : ﴿وَٱلَّتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ﴾ الآية [النساء : ١٥] والأخرىٰ قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذَانِ يَأۡتِيَٰنِهَا مِنكُمۡ فَـَٔاذُوهُمَا﴾ [النساء : ١٦] فظاهر الآية الأولىٰ يدل على اكتفاء النساء بالنساء ، وظاهر الآية الثانية يدل على اكتفاء الرجال بالرجال ، وقد قيل : الآيتان في الجنسين جميعاً ، ولـٰكن المراد بمضمون الآية الأولى التعرض للثُّيَّبِ ، فجرىٰ فيها تخصيص النساء بالذكر ، لأنهن أحرص على الزنا من الثيب من الرجال ، والآية الثانية في الأبكار ، والأبكار من الذكور أحرص على الزنا من الأبكار من النساء .

وبالجملة الآيتان ليستا مشتملتين علىٰ بيان حكم الزنا في الجنسين جميعاً ، الأولىٰ تضمنت الأمر بالحبس وانتظار حكم الله تعالىٰ . والثانية اقتضت الإيذاء مطلقاً من غير تفصيل .

ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما رواه عبادة بن الصامت : « **خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجمٌ بالحجارة** »[١] وظاهر الحديث الجمع بين الجلد والرجم ، في حق الثيب ، وقد صار إلىٰ ذلك **أصحاب الظاهر** ، واتفق **العلماء المعتبرون** من **الصحابة** رضي الله عنهم

---

(١) حديث عبادة بن الصامت أن النبي قال : « خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلاً. . . » رواه مسلم : الحدود ، باب حد الزنا ، ح١٦٩٠ . وانظر التلخيص : ٤/ ٩٦ ح ٢٠٢٠ .

وغيرهم علىٰ أن المحصن لا يجلد/ ويقتصر علىٰ رجمه . ٥٠ ش

ثم اختلف هـٰؤلاء ، فذهب الأكثرون إلىٰ أن هـٰذا كان فنُسِخ . **وقال بعض أصحابنا** : الحديث فيمن زنىٰ بكراً ، فلم يُجلد حتىٰ ثاب وزنىٰ ثيباً ، فنجمع عليه بين الجلد والرجم ، وهـٰذا وجه سيأتي ذكره ، إن شاء الله ، فإن الزنا إذا تكرر من الشخص ، ولم يتخلل بينهما استيفاء الحد ، اقتصرنا علىٰ حد واحدٍ .

وإن اختلف جنس الحد باختلاف الحالتين في زنيتين ، فزنىٰ بكراً ثم زنىٰ ثيباً ، ففي التداخل **وجهان** : **أصحهما** ـ الاكتفاء بالرجم . فإن جرينا على الوجه الآخر ، لم يصح حمل الحديث عليه من **وجهين** : **أحدهما** ـ أن حمل الألفاظ العامة المنقولة عن الرسول صلى الله عليه وسلم في تأسيس الأصول لا يسوغ حمله على الشواذ ، هـٰذا وجه . **والثاني** ـ أنه ذكر البكر صنفاً وذكر الثيب صنفاً ، وما ذكره هـٰؤلاء جمع حالتين لشخص واحد ، وهـٰذا استكراه في التأويل ، لا يسوغ مثله . وقال الله تعالىٰ : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [النور : ٢] .

والأصل في الرجم ما روي عن عمر أنه قال : « **لولا أني أخشىٰ أن يقال : زاد عمر في كتاب الله عز وجل لأثبتُّ علىٰ حاشية المصحف ما كنا نقرؤه علىٰ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم : الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتة نكالاً من الله ، إن الله كان عزيزاً حكيماً** »[1] .

ورُوي أن رجلين كانا يتساوقان إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع كل واحد منهما فئام[2] من الناس ، فقال أحدهما : اقض بيننا بكتاب الله تعالىٰ وأذن لي في أن أتكلم ، فأذن له في الكلام ، وقال : **إن ابني كان عسيفاً لهـٰذا ، فزنا بامرأته ، فسألت من لا يعلم ، وقال: على ابنك الرجم ، ففديته بمائة شاة ووليدةٍ ، ثم سألت رجالاً من**

---

(١) أثر عمر « لولا أني أخشىٰ أن يقال زاد عمر في كتاب الله . . . » متفق عليه من حديث ابن عباس عن ابن عمر مطولاً ، وليس فيه : في حاشية المصحف . ورواه البيهقي بتمامه وعزاه للشيخين . قال الحافظ : ومراده أصل الحديث . (ر . البخاري : الحدود ، باب الاعتراف بالزنا ، وباب رجم الحبلىٰ ، ح٦٨٢٩ ، ٦٨٣٠ . مسلم : الحدود باب رجم الثيب الزاني ، ح١٦٩١ . البيهقي في الكبرىٰ : ٨/ ٢١٠ ، ٢١١ ، التلخيص : ٤/ ٩٦ ح٢٠٢١) .

(٢) فئام : جماعة من الناس .

أهل العلم فقالوا : على ابنك جلد مائة وتغريب عام . فقال صلى الله عليه وسلم : « **لأقضين بينكما بكتاب الله تعالىٰ : أما الشاء والوليدة فرَدٌّ عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس على امرأة هـٰذا ، فإن/ اعترفت فارجمها** »[(١)] . وقصة ماعز مشهورة ، وكذلك قصة الغامدية .

ي ٥١

وأجمع المسلمون علىٰ أصل حدّ الزنا ، وإن اختلفوا في التفاصيل .

١١٠٤٤ـ نبتدىء فنقول : الزنا قسمان : زنا البكر وزنا الثيب . فزنا البكر موجَبه الجلد والتغريب ، والجلد مائة والتغريب عام . وإنما يستوجب المائةَ وتغريبَ العام البالغُ العاقل الحر الذي لم يُصِب في نكاح صحيح . والتغريب من الحد ، والأصل فيه الأخبار والنصوص ، وليس في القرآن باتفاق علماء المعاني ما يثبت استقلالاً في بيان الحد ، وإذا كان كذلك ، لا يظهر منه الحكم بالاقتصار على المذكور ، ويتعين الرجوع إلىٰ بيان الرسول صلى الله عليه وسلم .

ونحن نذكر التغريب ، وما يتعلق به . فالحر يُغرّب ، وفي تغريب العبد **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يغرب كالحر ، **والثاني** ـ لا يغرب . فإن في تغريبه رفعُ يد السيد عنه ، أو اضطرارُه إلىٰ أن يتغرب معه ، والعبد جليب[(٢)] لا يؤثر فيه التغريب .

التفريع : **١١٠٤٥ـ** إن حكمنا بأنه لا يغرب ، فنقتصر علىٰ جلده خمسين ، وإن قلنا : إنه يغرب ، فللتغريب مسافة نذكرها وزمان ، فأما المسافة ، فالعبد فيها كالحر ، وأما الزمان ، فمدة تغريب الحر سنة ، وفي العبد **قولان** : **أصحهما** ـ أنه على النصف من الحر ، فنغرّبه ستة أشهر ، كما أنه على النصف منه في الجلد . **والقول الثاني** ـ أنه يغرب سنة ؛ فإن ما يتعلق بالمدد والطباع لا يُفرَّقُ فيه بين العبد والحر كمدة العنة والإيلاء .

---

(١) حديث : « أن رجلين كانا يتساوقان إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم. . . » متفق عليه من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني . (البخاري : الحدود ، باب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنا عند الحاكم والناس ، هل على الحاكم أن يبعث إليها فيسألها عما رميت به ، ح٦٨٤٢ ، ٦٨٤٣ . مسلم : الحدود باب من اعترف علىٰ نفسه بالزنا ، ح١٦٩٧ ، ١٦٩٨) .

(٢) جليب : بمعنىٰ مجلوب ، فهو غريب لا يؤثر فيه التغريب .

وهـٰذا كلام سخيف ؛ فإن امتحان العُنة ودركَ الضرار يتعلق بالجبلات ، وهي لا تختلف بالرق والحرية ، والتغريب تعذيبٌ ، والعبد في الجلد على النصف من الحر ، وإن كانت جبلّته في استدعاء الزجر كجبلة الحر ، [فليكن في التغريب][1] بهـٰذه المثابة . هـٰذا قولنا في العبد والحر[2] .

١١٠٤٦ـ فأما الحرة ، فإنها تغرب كالرجل إذا زنت بكراً ، فإن ساعدها الزوج أو واحد من محارمها ، أُخرجت ، وإن لم يساعدها زوج ولا محرم ، فهل نغربها وحدها مع ظهور الأمن ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما**/ ـ أنا نغربها ؛ لأن هـٰذه سَفْرة واجبة ، فكانت كسفرة الهجرة إذا أسلمت حربية ، وخافت أن تفتتن عن دينها ؛ فإنها تخرج وحدها ، كما سيأتي في كتاب السير ، إن شاء الله . **والثاني** ـ أنها لا تغرب وحدها ؛ فإن الغرض من التغريب تأديبها بأدب الله تعالىٰ ، وإذا خرجت وحدها ، تهتكت ، وكشفت جلباب الحياء عن وجهها[3] ، فإن أمكن استئجار واحد من محارمها ليخرج معها ، فعل ذلك . ٥١ ش

ثم اختلف **أصحابنا** ، **فقال بعضهم** : الأجرة مأخوذة من مالها ، **وقال آخرون** : هو من بيت المال[4] . والوجهان في ذلك كالوجهين في أن أجرة الجلاّد على المحدود أم هي في بيت المال ؟ وسيأتي ذكر ذلك ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو لم يرغب واحد من محارمها في الخروج معها ، وقلنا : إنها لا تخرج وحدها ، فهل للسلطان أن يجبر واحداً من محارمها على الخروج بأجرة معها ؟ فعلىٰ **وجهين ذكرهما صاحب التقريب** : **أحدهما** ـ أنه ليس له ذلك[5] ، فإنه في الحقيقة تغريبُ مَحْرَمٍ غيرِ مجرم ، والتغريب عذاب على الزانية .

---

(١) في الأصل : « فليكن كالحر في التغريب بهـٰذه المثابة » ، وهو خلل لا يتفق مع السياق .
(٢) الأظهر أن العبد يغرب نصف سنة كما قرره الإمام . (ر . الروضة : ١٠/ ٨٧) .
(٣) الأظهر أنها لا تغرّب وحدها . قاله النووي (ر . الروضة : ١٠/ ٨٧) .
(٤) الأصح أن الأجرة من مالها . (ر . الروضة : ١٠/ ٨٨) .
(٥) وهـٰذا هو الأصح ، كما قال النووي (ر . الروضة : ١٠/ ٨٨) .

والثاني ـ أن له أن يُجبره ؛ وذلك استعانة منه فيما لا بد منه . والإمام إذا استعان بأحد من المسلمين ، لزم الانقياد له .

وقد نجز القول في أصناف من يغرب .

١١٠٤٧ـ ويلتحق بما ذكرناه أن الغريب يغرّب إذا زنا ، قطعاً لوهم من يتوهم أن التغريب في حقه غير مؤثر ، فإنه إذا لم يكن في وطنه ، فالبلاد كلها في حقه بمثابة واحدة ؛ وذلك أن قواعد الحدود لا تنقض بما يفرض في آحاد الأشخاص ؛ علىٰ أن الغريب قد يألف بقعةً ، ويشق عليه مفارقتُها ، والغرض الأظهر من التغريب التنكيل ، وهـٰذا المعنىٰ يستوي فيه المتوطن والغريب .

١١٠٤٨ـ ثم نتكلم الآن في مسافة التغريب . اتفق **الأئمة** علىٰ أنها تبلغ مسافةَ القصر ؛ إذ لو قصرت عن هـٰذا المبلغ ، لتردد عليه أخبار الأهلين والمخلَّفين ، ولم يحصل به إيحاش الغربة ، ولا ضبطَ وراء المرحلتين .

ي ٥٢ ثم وراء ذلك تردّد : [ففي][1] **بعض التصانيف** أن/ الإمام إذا عيّن تغريبه إلىٰ بلد ، لم يسيبه فيها حتىٰ ينفلت حيث يشاء ، وهـٰذا تصريح بأنه [يمنع][2] من الانتقال عن البلدة التي عُيّنت له ، ولم يذكر ذلك أحد من أئمة المذهب . وإنه عندي باطل ؛ فإنه جَمْعُ حبسٍ إلىٰ تغريب ، ولم يشهد لهـٰذا سُنَّةٌ ولا قياس ، وإذا غُرِّب في جهة وأظهر التنكيل به ، فلا مانع من أن يتطوح في البلاد .

ثم في كلام **الأصحاب** تردد من وجه آخر ، وهو أن الإمام لو عين لتغريبه صوب الشرق ، فقال المغرّب : غرِّبوني في صوب الغرب ، فمن **أئمتنا** من قال : إذا عيّن الإمام صوباً ، فلا معدل عن الجهة التي يعينها ، وهـٰذا غير سديد[3] . والغرض أن يبعد عن الموضع الذي غربناه فيه مرحلتين ، فليأخذ أيَّ صوب شاء .

وإذا زنا الغريب ، غربناه من موضع الزنا ، فإن فرعنا علىٰ أن الإمام لا يعيِّن

---

(١) في الأصل : « في » ، والمثبت من (ت٤) .
(٢) في الأصل : « لا يمنع » .
(٣) الأصح اتباع رأي الإمام (ر . الروضة : ١٠/ ٨٨) .

صوباً ، وأبطلنا حبسه في الموضع الذي يُغرَّب إليه ، وهو مارٌّ علىٰ وجهه ، فلا يكاد يظهر أثر التغريب ، ولا يكاد [يظهر][١] ـ والحالة هـٰذه ـ إلا إظهار التغريب والإرهاق[٢] إليه .

وقد قال **الأصحاب** : لو كان بينه وبين وطنه مرحلتان لا نغرّبه إلىٰ وطنه ؛ فإن هـٰذا ضد التغريب ، ولـٰكن نغرّبه إلىٰ جهة أخرىٰ ، [فإن غربناه إلىٰ بلدةٍ ، فانتقل إلىٰ وطنه][٣] فهـٰذا موضع وقوف الناظر ، ولا وجه إلا ما ذكرناه[٤] ، وإن كان يؤدي إلىٰ تغربه من الوطن سنة ووجهه إلى الوطن[٥] .

١١٠٤٩ـ وفيما يعترض في الفكر أن المُغرَّب لو عاد إلىٰ مكان التغريب قبل انقضاء السنة ومكث مدة من حيث لا يُشعر به ، فإذا اطلع الوالي عليه غربه ، وفي بطلان ما مضىٰ من زمان التغريب قبل العود نظرٌ للمفكر ؛ فإن الغرض الأظهر من التغريب الإيحاش بالغربة ، وهـٰذا إنما يحصل إذا تواصل الإيحاش والتغرب ، يحققه أن الجلاد لو جلد الزاني مائة جلدة في عشرة أيام ، لم يُعتدّ بما تقدم من الجلدات ؛ فإن الإيلام الحاصل بالمائة المتواترة لا يحصل إذا فرقت الجلدات ، وتخللت الفترات المريحة ، وسنذكر هـٰذا عند ذكرنا كيفية الجلد ونعت/ السياط ، إن شاء الله . والمسألة في التغريب محتملة على الجملة[٦] ، والعلم عند الله تعالىٰ ، وقد نجز بيان حد الأبكار إذا زنَوْا على الجملة ، وستأتي مسائل علىٰ ترتيب الكتاب ، إن شاء الله عز وجل .

٥٢ ش

---

(١) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .
(٢) الإرهاق إليه : أي الحمل عليه والإزعاج به ، عن محل الفاحشة ، كما عبر بذلك في البسيط .
(٣) زيادة اقتضاها السياق ، وهي من الوسيط للغزالي ، ثم هي في هامش نسخة الأصل ، منسوبة للوسيط ، وليست لحقاً . (ر . الوسيط : ٦/٤٣٨) .
(٤) الأصح أنه يمنع من الانتقال إلىٰ وطنه . (ر . الروضة : ١٠/٨٩) .
(٥) العبارة هنا فيها نوعُ قلق ، مع اتفاق النسختين فيها ، ولذا كان من المناسب أن نشدّ عضدها بعبارة الغزالي ، قال : « الغريب إذا زنا أزعجناه ، وإن كان هـٰذه البلدة كسائر البلاد ، ولـٰكن الغرض التنكيل بالإزعاج عن محل الفاحشة ، وقد يألف الغريب بقعة . فلو كان إلىٰ وطنه مرحلتان ، فلا نغرّبه إلىٰ وطنه ؛ لأنه ضد التغريب ، فإذا غربناه إلىٰ بلدةٍ ، فلو انتقل إلىٰ بلده هل يمنع ؟ هـٰذا فيه نظر ، والظاهر أنه لا يمنع » . (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١١٧ يمين) .
(٦) قال الرافعي : « الأشبه أنه يستأنف » (ر . الشرح الكبير : ١١/١٣٧) .

١١٠٥٠ـ وأما زنا الثيب ، فموجبه الرجم بالحجارة ، والثيب هو الذي أصاب في نكاح صحيح ، فإذ ذاك يلتزم الرجم إذا زنا .

والإسلام ليس من شرائط الإحصان عندنا ، فالذمي إذا استجمع الصفات التي ذكرناها ورضي بحكمنا رجمناه ، وقصة اليهوديين ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم إياهم مشهورة .

ثم لا يحصل الإحصان بالوطء في ملك اليمين وفاقاً ، أما الوطء في نكاح فاسد ، أو علىٰ وجه الشبهة ، ففي حصول الإحصان **قولان** : **أصحهما** ـ أنه لا يحصل . ثم الصفات الثلاث ـ البلوغ ، والعقل ، والحرية ـ لا ترتب فيها ، والمقصود اجتماعها .

فأما الإصابة ، فقد اختلف **أصحابنا** فيها : **فمنهم من قال** : يشترط أن تحصل ممن تجمعت فيه الصفات الثلاث حتىٰ لو حصلت الإصابة في الصغر أو في حالة الجنون ، أو في حالة الرق ، فلا اعتداد بها ، ولا تحصل الثيوبة بها . وكما نشترط وطئاً كاملاً في جهةٍ كاملة نشترط حصول الوطء من كاملٍ لاستجماع الصفات الثلاث .

ومنهم من قال : لا ترتيب فيه كما لا ترتيب في سائر الصفات . (وإذا اجتمعت الصفات) [1] الثلاث في أحد الزوجين وعُدِمت في الثاني ، فالتحصين يحصل . وهٰذا كما إذا كان الزوج حراً بالغاً عاقلاً ، وقد أصاب زوجته الرقيقة ، فيحصل التحصين فيه .

وذكر **صاحب التقريب** في إصابة الصغير وجهين ، وكذلك في تمكين المرأة الزوج الصغير ، وهٰذا ليس بشيء إذا تم الوطء ؛ [فإن المراهِقة][2] مطلوبة بالوطء ، [وإذا][3] وطئت في نكاحٍ ، عدّ ذلك من أكمل الوطء في أكمل الجهات . فإن أراد من يظهر الخلاف وطءَ صغيرةٍ لا يُشتهىٰ مثلُها ، أو صغيرٍ لا تشتهيه النساء ، فهٰذا/ فيه احتمال ، وقد ذكرت في باب التحليل من كتاب النكاح طرفاً صالحاً في هٰذا .

ي ٥٣

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٢) في الأصل : « ثم المراهقة » .
(٣) في الأصل : « إذا » (بدون واو) .

ولا خلاف بين **أصحابنا** أن الثيب إذا زنا ببكر رُجم ، وإن كانت تيك تجلد ، وكذلك لو كان الأمر على العكس من هـٰذا .

وقد نجز توطئة حد الزنا في الثيب والبكر .

١١٠٥١ـ ثم قال الشافعي : « إذا رجم الزاني غُسل وصُلي عليه ودفن في مقابر المسلمين ؛ فإنه مسلم ، فكان كالمقتول قصاصاً » ثم قال : **« ويجوز للإمام أن يحضر رجمه ، ويتركَ . . . إلىٰ آخره »**[١] .

الوالي بالخيار ، إن شاء حضر موضع الحد ، رجماً كان أو جلداً ، وإن شاء لم يحضر . وكذلك إذا ثبت الزنا بالشهود ، لم يلزمهم أن يحضروا[٢] . وقال **أبو حنيفة**[٣] : إن ثبت الزنا بالإقرار ، فعلى الوالي أن يحضر ، وإن ثبت بشهادة الشهود ، فعليهم أن يحضروا .

ثم اشترط إذا حضر الوالي أن يبدأ بالرجم ، وإذا حضر الشهود أن يبدؤوا ، ونحن نستحب الحضورَ من الشهود لنفي التهمة ، ولا نوجبه ، وقد ثبت الحد علىٰ ماعز ، فلم يحضر رسول الله صلى الله عليه وسلم رجْمَه ، وذلك بيّن في قصته إذ روي أنه لما مسه ألم الأحجار ، قال : **« ردوني إلىٰ محمد ، فإن قومي غرّوني وقالوا : إن محمداً ليس بقاتلك ، وولّىٰ هارباً ، فأدركه رجل بلَحْي جمل ، فأثبته ، فأخبر به النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : « هلا تركتموه يفر من عذاب الله تعالىٰ » ، وفي رواية : هلاّ رددتموه إليّ لعله يتوب »**[٤] .

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٦٦ .

(٢) أي : يحضروا إقامة الحد على المشهود عليه المرجوم بشهادتهم .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٢٦٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٥/ ٢٨٤ مسألة ١٤٠٠ .

(٤) قصة ماعز التي ورد فيها قوله صلى الله عليه وسلم : « هلا تركتموه » وفي رواية « هلا رددتموه . . » وردت من حديث نعيم بن هزّال عن أبيه ، أخرجها أبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي وصححها الألباني ، كما وردت قريبة من سياق الإمام ـ من حديث جابر بن عبد الله من طريق محمد بن إسحاق ، أخرجها أبو داود وابن أبي شيبة وأحمد (ر . أبو داود : الحدود ، باب رجم ماعز ، ح٤٤١٩ ، ٤٤٢٠ ، النسائي في الكبرىٰ : ح٧٢٠٥ ، الحاكم : ٤/ ٣٦٣ وصححه ووافقه الذهبي ، البيهقي : ٨/ ٢٢٨ ، أحمد ٣/ ٣٢٣ ، إرواء الغليل : ٧/ ٣٥٤ ، ٣٥٧ـ٣٥٨) .

فَصْلٌ

قال : « وإن أقر مرة حُدّ . . . إلىٰ آخره »(١) .

١١٠٥٢ـ إذا أقرّ بالزنا مرة واحدة ـ كما سيأتي وصف الإقرار ، إن شاء الله تعالىٰ ـ ثبت الحد ، ولا يشترط التكرار في الإقرار ، خلافاً **لأبي حنيفة**(٢) .

ثم أجمع **أصحابنا** علىٰ أنه مهما(٣) رجع عن الإقرار ، لم نحده . وإن رجع في أثناء الحد ، انكففنا عنه ، ورجوعه أن يقول : كذبت فيما قلت ، أو رجعت ، وهو يريد تكذيب نفسه . ولا يشترط في قبول رجوعه عن الإقرار أن يذكر سبباً في الإقرار والرجوع . وقال **مالك**(٤) : لا يُقبل الرجوع المطلق عن الإقرار ، فإن ذكر شيئاً ممكناً ، قُبل حينئذ ، وذلك/ مثل أن يقول : حسبت الإتيان دون المأتىٰ زنا ، ثم تبين لي . ونحن لا نشترط هـٰذا . ش٥٣

واختلف القولُ في أن من أقر بسرقة توجب القطع ، ثم رجع عن إقراره ، فهل يسقط القطع عنه بالرجوع عن الإقرار أم لا ؟ والأصح أنه يسقط قياساً علىٰ حد الزنا . ووجه القول الثاني أن السرقة متعلقة بحق الآدمي ، والرجوع فيه غير مقبول ، ونحن قد نتبع [الحدَّ الحقَّ](٥) في موجَب الإقرار ، والدليل عليه : أن العبد إذا أقر بسرقة مال ،

---

(١) ر . المختصر : ٥/١٦٦ .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، المبسوط : ٩/٩٢ ، مختصر اختلاف العلماء : ٥/٢٨٣ ، مسألة ١٣٩٨ .

(٣) مهما : بمعنىٰ إذا .

(٤) ر . المدونة : ٦/٢٣٨ ، الإشراف : ٢/٨٥٨ مسألة ١٦٨١ ، عيون المجالس ٥/٢٠٩٣ مسألة ١٥١٢ ، القوانين الفقهية : ٣٤٩ .

(٥) في الأصل : « قد تتبع الحق الحق في موجب الإقرار » .
وفي (ت٤) : « قد نتبع الحق في موجب الإقرار » والمثبت من تصرف المحقق علىٰ ضوء السياق والمعنىٰ . (ر . الشرح الكبير : ١١/٢٢٩) .
والمعنىٰ : أنه يوجب عدمَ سقوط الحد بأن سقوطَه قد يستتبع سقوطَ الحق (أي غرم المال المسروق) وحقوقُ الآدميين لا تسقط بمثل هـٰذا .

فإقراره مقبول في إيجاب القطع عليه ، وقد يقبل إقراره في المال المسروق علىٰ أحد القولين ، وسيأتي شرح ذلك ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو أقر بالزنا ثم لم يرجع عن إقراره مصرحاً بتكذيب نفسه ، بل قال : دعوني ، لا تحدّوني ، فهل يجعل ذلك بمثابة الرجوع عن الإقرار ؟ فعلىٰ **وجهين** ذكرهما **صاحب التقريب** ، والأظهر أن هـٰذا لا أثر له ؛ فإنه صرح بالإقرار ، ولم يصرح بالرجوع عنه . هـٰذا إذا ثبت الحد بالإقرار .

فأما إذا ثبت بشهادة الشهود فالحد يقام على المشهود عليه .

١١٠٥٣ـ ولو تاب[١] ، ففي سقوط الحد عنه بالتوبة **قولان للشافعي** : **أصحهما ـ** أنه لا يسقط ؛ إذ لو أسقطناه ، لصار ذلك ذريعة إلىٰ إبطال حكم الحد ؛ إذ الغرض منه الردع ، ولا يعجز مرتكب ما يوجب الحد عن إظهار التوبة ، ثم الحكم بالظاهر ، والله يتولى السرائر . **والقول الثاني ـ أن** الحد يسقط بالتوبة ؛ فإنه عقوبة تثبت حقاً لله ، وحقوق الله تعالىٰ تبنىٰ علىٰ أن تسقط بالتوبة .

ولا خلاف في سقوط الحدود عن قطاع الطريق إذا تابوا قبل الظفر بهم ، وفي قبول توبتهم بعد الظفر بهم **قولان** ، كما سيأتي ذكره في سائر الحدود . وهـٰذا [يذكره الفقيه أخذاً][٢] من نص القرآن عظيم الوقع ؛ فإنه عز من قائل قيّد توبة أهل المحاربة بما قبل الظفر ، فقال : ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ ﴾ [المائدة : ٣٤] .

ولو وجب الحد ، وثبت وجوبه ، فهرب من تقرر الحد عليه ؛ فقد/ ذكر **أصحابنا** في سقوط الحد وجهين . واستشهدوا في نصرة أحد الوجهين بقصة ماعز ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم أنكر علىٰ من اتبعه وأثبته ، وأَحَبَّ أن لو كان تُرِك . ٥٤ ي

فإن قيل : في الحديث « **هلا تركتموه يرجع إليّ لعله يتوب** » وقد زيّفتم قول من يقول التوبة تُسقط الحد ؟ قلنا : نعم ، ذلك القول في نهاية الضعف ، وإن كان مشهوراً ، وليس يليق بمذهب **الشافعي** مع محافظته علىٰ حفظ القواعد أن يثبت إظهارَ

---

(١) الكلام في التوبة وأثرها في إسقاط الحدود يتعلق بالإقرار والشهادة معاً .

(٢) في النسختين : « يذكر الفقيه أمراً » والمثبت من تصرف المحقق .

التوبة ذريعة إلىٰ إسقاط الحدود كلها ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة ماعز « **لعله يتوب** » حمله بعض الحذاق على الرجوع عن الإقرار ، وأصل التوبة في اللسان الرجوع ، وكان قد ثبت الحد علىٰ ماعز بإقراره .

فإن قيل : أليس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **من أتىٰ من هـٰذه القاذورات شيئاً ، فليستتر بستر الله** »[(١)] . ولو كان الحد لا يسقط بالتوبة ، لكان فيما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم تحريض علىٰ كتمان حقٍّ واجبٍ لله تعالىٰ . قلنا : لا يمتنع أن تكون توبة المستتر الذي لا يبدي صفحته بمثابة توبة قاطع الطريق قبل الظفر به .

وفيما ذكرناه احتمال ؛ فإنّ سبب قبول توبة المحاربين عطفُهم على الطاعة ، وردُّهم بالاستمالة إليها . وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق فيما ذكرناه ، والمسألة محتملة .

وتمام الحديث يدل علىٰ أن التوبة بعد ظهور وجوب الحد لا تنجع ، فإنه صلى الله عليه وسلم قال في تمام الحديث : « **فإنه من يبدي لنا صفحته نقيم عليه حد الله تعالىٰ** »[(٢)] . وهـٰذا نص في أن التوبة لا تنفع .

١١٠٥٤ـ وقد عاد بنا الكلام إلىٰ تفصيل القول في الهرب ، وقد ذكرنا فيه اختلافاً ، واضطرب **أئمتنا** في تنزيله : **فقال قائلون** : الخلاف في الهرب إنما يجري إذا كان الحد ثابتاً بالإقرار ، فأما إذا ثبت بالبينة ، لم ينفع الهرب .

وقال قائلون : الخلافُ جارٍ سواء ثبت الحد بالبينة [أو بالإقرار][(٣)] .

وذكر **بعض الأئمة** مسلكاً حسناً في ذلك ، فقال : الخلاف في أن الهارب هل يتبع ؟ فأما المصير إلىٰ أن الحد يسقط به ، فلا ، ولو امتنع من عليه الحد/ عن ش ٥٤

---

(١) حديث « من أتىٰ من هـٰذه القاذورات شيئاً . . » رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم ، والشافعي عنه ، وقال : هو منقطع . وقد روي مسنداً من حديث ابن عمر بلفظ (اجتنبوا هـٰذه القاذورات) رواه الحاكم في المستدرك (ر . الموطأ : ٢/ ٨٢٥ ، المستدرك : ٤/ ٢٤٤ ، ٣٨٣ ، التلخيص : ٤/ ١٠٦ ح ٢٠٣٩) .

(٢) تمام الحديث ، أي حديث « من أتىٰ من هـٰذه القاذورت . . . » .

(٣) في الأصل : « أولاً بالإقرار » .

الاستسلام لإقامة الحد عليه ، فقد ألحقه **الأصحاب** بالهرب ؛ فإن كل واحد منهما امتناع ، وقد قيل : « **رفع إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم شارب خمر ، فهمّ بإقامة الحد عليه ، فولىٰ ولاذ بدار العباس ، فلم يتعرض له رسول الله صلى الله عليه وسلم** »[١] . وحكاية الأحوال عرضةُ الاحتمال ، فلا يبعد أن يقال : كان ثبت عليه الحد بإقراره ، ثم رجع وولىٰ .

فَرْعٌ : **١١٠٥٥-** إقرار الأخرس بالزنا مقبول ، وإشارته كعبارة الناطق . وقد ذكرنا تحقيق ذلك في كتاب اللعان ، ولو قامت عليه البينة بالزنا ، حُدّ عندنا ، خلافاً **لأبي حنيفة**[٢] . وله بدائع في الأخرس يقضّي اللبيب منه العجب ؛ فإنه قال : لو زنىٰ وهو ناطق ، ثم خرس ، سقط الحد . ولو زنىٰ بخرساء وهو ناطق لا يحدّ ، وسنجمع في آخر الكتاب ، إن شاء الله مسائل الخلاف بيننا وبينْ أبي حنيفة . وغرضنا بذكرها إذا انتهينا إليها أن نضبط ما يؤثّر في إسقاط الحد وما لا يؤثّر ، وعندها نتبين مجامع الشبهات ، ومحلَّ الوفاق والخلاف ، إن شاء الله تعالىٰ .

فَصْلٌ

قال : « وصفة الرجم أن يضرب بالحجارة والمدر . . . إلىٰ آخره »[٣] .

١١٠٥٦- الرجم بيّن المعنىٰ[٤] ، ولو ضُربت رقبة من يستحق الرجم ، وقع ما جرىٰ حداً ، ولـٰكن فعل[٥] ما فيه ترك الواجب ؛ فإنّ غرض الشارع المَثُلَةَ بالزاني بالجهة التي نص عليها ، وقتله بالسيف تخفيف عنه ، وعلىٰ هـٰذا لو قُصد بصخرة عظيمة من فوقه ،

---

(١) حديث شارب الخمر الذي لاذ بدار العباس فلم يتعرض له الرسول صلى الله عليه وسلم ، رواه أبو داود ، والحاكم وصححه ووافقه الذهبي ، والبيهقي كلهم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما وقد ضعفه الألباني . (ر . أبو داود : الحدود باب في الحد في الخمر ، ح٤٤٧٦ ، وضعيف أبي داود للألباني (ص٤٤٧) ، الحاكم : ٤/ ٣٧٣ ، البيهقي : ٨/ ٣١٤ ، ٣١٥) .

(٢) ر . المبسوط : ١٨/ ١٧٢ .

(٣) لم أصل إلىٰ هـٰذه العبارة في المختصر .

(٤) ت٤ : والمعنىٰ .

(٥) ت٤ : ولـٰكن فيه ترك الواجب .

فالواحدة تذفِّف عليه ، ولا يجوز ذلك ، ولو كان يُرمىٰ بحصى الخذف ؛ فيطول الأمر عليه ، وهـٰذا أيضاً غير جائز ؛ فإنه زيادة في عذابه ، فلْنرْمه بالأحجار التي [يُرمىٰ][1] بأمثالها للقتل .

ثم يختلف الأمر في هـٰذا ؛ فقد تصيب الأحجار مقاتله ، فيموت في قرب من الزمان ، وقد يتمادىٰ ، وذلك لا يدخل تحت الضبط .

ثم الرجم يقام في الحر الشديد ، والبردِ المفرط ، والمرضِ المدنف ؛ فإن الرجم إهلاكٌ ؛ فلا وجه للإبقاء علىٰ مرجوم . وإنما يَرعَى الإمامُ التحرز عن أسباب الهلاك ، إذا كان الحد جلداً .

ي ٥٥ قال **الأئمة** : إذا ثبت الزنا بالإقرار ، فينبغي/ أن يؤخر رجمه عن شدة الحر والبرد ، والسبب فيه [أنه][2] ربما يرجع عن إقراره إذا[3] مسه حر الحجارة . ولو اتفق هـٰذا ، فقد يهلك [ببوادر][4] الأحجار التي أخذت منه مأخذها ؛ فيتحتم رعاية هـٰذا .

وهـٰذا لا يتحقق إذا ثبت الزنا بالبينة ؛ فإنا لا نبني الأمرَ علىٰ رجوع الشهود .

١١٠٥٧ـ ولو كان الحد جلداً ، فحقٌّ على الإمام أن يرعىٰ جهةَ المحدود ، والزمانَ الذي يقام الحد فيه ، فلا يقيمه في شدة حر ، ولا في شدة برد ، ويحبسه إلىٰ أن يعتدل الزمان .

وأما مراعاة المحدود في نفسه ؛ فلو كان مريضاً مرضاً يُرجىٰ برؤه ، أُخّر إقامة الحد حتىٰ يبرأ ، ويستبلّ[5] ، وإن كان لا يرجىٰ برؤه ، وقد يكون مُخدَجاً ضعيف الخَلق ، لا يحتمل الجلد أصلاً ، فكيف السبيل فيه ؟ اعتمد **الأئمة** في ذلك حديثاً نرويه ، ثم نُتْبعه تفصيل المذهب ، روي : « **أن رجلاً مُخدَجاً رُئي علىٰ امرأة ، وكان يخبُث بها ،**

---

(١) في الأصل : « يرجم » ، والمثبت من (ت٤) .
(٢) زيادة من المحقق ، حيث سقطت من النسختين .
(٣) ت٤ : فإذا مسته الحجارة .
(٤) في النسختين رسمت هـٰكذا : (سواد) بدون نقط ، والمثبت من المحقق . والمراد ببوادر الأحجار : أوائلها التي أصيب بها قبل الرجوع عن الإقرار .
(٥) يستبلّ : أي يشفىٰ ويصح .

فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يجلد مائة . فقالوا : يا رسول الله هٰذا لو جُلد مات . قال صلى الله عليه وسلم : « خذوا عِثْكالاً عليه مائة شِمْراخ ، فاضربوه به »[1] .

وقد اضطرب كلام **الأئمة** في هٰذا الفصل ، ونحن نذكر ما ذكروه ، ثم ننبه علىٰ غامضة المذهب ، ثم نوضح ما عندنا ، إن شاء الله .

١١٠٥٨- قال **الصيدلاني** : نأخذ غصناً عليه مائة فرع ، ونضربه به . ولا يشترط أن تمسه الفروع كلُّها ، بل يكفيه أن ينكبس بعضها علىٰ بعض بحيث يثقل بسببها الغصن على المضروب ، ويناله بهٰذا السبب أدنى التثقيل ، ولو كان على الغصن خمسون فرعاً ، ضربناه مرتين ، فاقتضىٰ كلامه رعاية إلحاق الأذىٰ به ، كما ذكرناه .

وفي **بعض التصانيف** أنه لا يؤلم بالضرب ، واتفقت الطرق علىٰ أن الوضع عليه ليس كافياً ، ولا بد من المقدار الذي يسمىٰ ضرباً . هٰذا ما وجدناه من كلام **الأئمة** .

ومما نُقضِّي العجب منه مجاوزتهم أمثال ذلك من غير مباحثة ، مع ظهور الإشكال فيه .

وأنا أقول : الأسواط التي تقام الحدود بها سيأتي وصفها ، إن شاء الله ، في باب مفرد في آخر الأشربة ، فإن كان مستوجب الحد مستقلاً بالضرب بها ، فلا كلام .

---

(١) حديث : « أن رجلاً مخدجاً رُئي على امرأة. . . » رواه الشافعي ، والبيهقي عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف مرسلاً ، قال البيهقي : « هٰذا هو المحفوظ عن أبي أمامة مرسلاً » . ورواه أحمد وابن ماجه عن أبي أمامة عن سعيد بن سعد بن عبادة ، ورواه أبو داود عن أبي أمامة عن رجل من الأنصار ، ورواه النسائي والدارقطني عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف عن أبيه ، والطبراني عن أبي أمامة عن أبي سعيد الخدري . قال الحافظ : فإن كانت الطرق كلها محفوظة ، فيكون أبو أمامة قد حمله عن جماعة من الصحابة ، وأرسله مرة . (ر . مسند الشافعي رقم ٢٥٨ ، أحمد : ٥/٢٢٢ ، أبو داود : الحدود ، باب في إقامة الحد على المريض ، ح٤٤٧٢ ، ابن ماجه : الحدود ، باب الكبير والمريض يجب عليه الحد ، ح٢٥٧٤ ، النسائي في الكبرىٰ : الرجم ، باب الضرير في الخلقة يصيب الحدود ٤/٣١١-٣١٣ الطبراني في الكبير ٦/٣٨ ح٥٤٤٦ ، سنن الدارقطني : ٣/٩٩-١٠١ التلخيص : ٤/١٠٨ ، ١٠٩ ح ٢٠٤٨) .

وإن كان لا يستقل بالضرب بها ، وكان قد يستقل بأسواطٍ خفيفة ـ (١) دون ما سنصفه من سوط الحد ـ فليت/ شعري أنوجب الضرب بالأسواط الخفيفة (١) ؛ فإنها أقرب إلىٰ صورة إقامة الحد من الضرب بالعِثكال أو الغصن ذي الفروع ؟ وهـٰذا محل النظر ، والذي أراه أنه يجب الضرب بالأسواط الخفيفة[٢] .

ش ٥٥

وفي كلام **الأصحاب** ما يدل علىٰ أنه إذا ضعف عن احتمال سياط الحد ، فليس يجب إلا الضرب بالعِثكال ، كما تقدم وصفه .

ومما يجب التنبيه له أن المقدار الذي ذكروه من الضرب بالعثكال ما أراه زاجراً إذا لم يكن فيه إيلام يتوقع مثله من بدن المُخدَج ، كموقع السياط الموصوفة من بدن الأيِّد المحتمِل ، هـٰذا لا بد منه ، وإلا يبطل حكم الحد .

وقد قال **الأئمة** : من حلف ليضربن فلاناً مائة سوط ، فضربه بعِثكال عليه مائة شمراخ ، كفاه ذلك ، وبرّ في يمينه . وهـٰذا ذكروه والمحلوفُ عليه قوي ، واتبعوا فيه سنة الله تعالىٰ في قصة أيوب عليه السلام ، إذ قال عز من قائل : ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص : ٤٤] .

ولا يمكن أن يُتَلقَّىٰ ما نحن فيه من ذلك الأصل ، مع ما ذكرناه من جريانه على الصحيح ذي المِرّة ، فالوجه أن نعتبر الأسواطَ وما ينال القويَّ من الضرب[٣] بها ، ثم نعتبر في كل شخص ما يحتمله ، مع رعاية النسبة التي فهمناها في الأصل .

وأما الحديث الوارد في المُخْدَج في الحد ؛ ففي آخره ما يدل علىٰ أنه كان في نهاية الضعف ، [إذ قالوا : لو ضربناه][٤] لتفتّت ، فجرىٰ كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ هـٰذا المقتضىٰ .

وقد نجز ما أردناه نقلاً وتنبيهاً .

أما الاكتفاء بانكباس بعض الأغصان علىٰ بعض مع ما فيه من التثقيل ، فالأمر

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٢) ت٤ : « الحقيقة » .
(٣) ت٤ : « الضعيف » .
(٤) في النسختين : « إذ لو قالوا لو ضربناه . . . » .

بالضرب بالعكثال مصرِّح بالاكتفاء بما ذكره **الأصحاب** ؛ فإن انبساط الشماريخ والغصون يبعد وقوعاً ويندر كوناً ، فالأمر الظاهر يقتضي ما ذكروه .

ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أن المريض لو كان بحيث يحتمل مائة جلدة ولٰكن لو فرقت عليه في أيام ، فلا يصير أحد إلىٰ إيجاب ذلك ، ولٰكن يجب إقامة الممكن وتخليةُ سبيله وإراحتُه عن انتظار العقوبة .

هٰذا منتهى القول في ذلك ، وتمام البيان سيأتي/ في باب صفات [سياط][1] الحدود ، إن شاء الله عز وجل . ٥٦ ي

١١٠٥٩ـ ثم إن كان به مرض مرجو الزوال ؛ فالوجه ارتقاب زواله ، ثم لا سبيل إلىٰ تخليته .

وهٰذا فيه فضلُ نظر ، فإن ثبت الحد بالبينة ، فيتجه حبسُه ، كما تحبس الزانية الحامل . وإن ثبت الحد بالإقرار ، فالحبس محتمل عندي ؛ لأنه إن كان لا يستسلم لحد الله ، يهون عليه الرجوع عن الإقرار ، ويشهد لذلك حديث **الغامدية** ، فإنها لما أقرت بالزنا وكانت حاملاً ، لم يحبسها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولٰكن خلّاها حتىٰ تضع . . . الحديث . [و][2] هٰذا يقوىٰ جداً إذا قلنا : من هرب عن حد الله تعالىٰ ، لم نتبعه .

ويجوز أن يقال : يُحبس المقِرُّ حتىٰ يستقلَّ باحتمال الحد ، فإن رجع عن إقراره ، خلّينا سبيله .

ولا خلاف أن القصاص لو ثبت ، واقتضت الحالةُ تأخيرَ الاستيفاء ، فإنا نحبس من عليه القصاص ، (٣ كالذي ثبت عليه بالبينة ٣) ، والذي تلقيته من كلام **الأئمة** أن المشهود عليه يحبس ، والعلم عند الله تعالىٰ .

ثم إن ظهر لنا أن المرض لازم يبعد زواله ، وانتقلنا إلى الضرب بالعِثكال ، كما

---

(١) زيادة من (ت٤) .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .

وصفنا ، فلو اتفق البرء من ذلك المرض على الندور ، [فالذي][(١)] قطع به **الأصحاب** أن ما مضىٰ كافٍ ، ولا نعيد الحد بعد البرء والاستقلال ، وقد ذكرنا تردداً في أن المعضوب إذا برأ على الندور بعدما استأجر أجيراً ، وحج عنه ، فهل يسقط فرض الإسلام عنه أم لا ؟ وليس الحد كذلك ؛ فإن مبناه على الاندفاع بالشبهة ، والمُقام منه كافٍ معتد به ، لا يتغير موجَب الاعتداد به .

١١٠٦٠ـ ثم قال **الشافعي وأصحابه** : إذا كان الحد جلداً ، فينبغي ألا يقيمَه الإمام في شدة الحر والبرد ، [ولٰكن][(٢)] يرعىٰ في ذلك زمانَ الاعتدال ، وهٰذا مما يجب صرف الاهتمام إليه ، ولا وصول إلى الغرض منه إلا بذكر ما قاله **الأصحاب** علىٰ وجهه ، ثم الرجوع بالمباحثة .

قالوا : إذا أقام الحدَّ في شدة الحر والبرد ، فهلك المحدود ، فلا ضمان على الإمام ، هٰكذا نص **الشافعي** هاهنا ، وقال فيمن امتنع من الاختتان : « **لو ختنه الإمام ، فأفضىٰ إلىٰ هلاكه ، يجب الضمان** » فاختلف **أئمتنا** علىٰ **طريقين** : **منهم من قال/** : في المسألتين **قولان** ، **نقلاً وتخريجاً** : **أحدهما** ـ أن الضمان يجب ؛ فإن الإمام ترك ما أُمر به من تأخر الحد ، وارتقاب اعتدال الهواء ، فكان ذلك تقصيراً منه . **والثاني** ـ أنه لا يجب الضمان ؛ فإن الهالك قتيلُ الحد ، والحقُّ قتله .

ش٥٦

ومن أصحابنا من أقر النصين قرارهما ، وفرّق بينهما ، فقال : استيفاء الحدود إلى الأئمة ، فإذا أقاموها ، لم يؤاخذوا بمواقعها ، والختان لا يتولاه الولاة ، وإنما يتعاطاه المرء من نفسه ، أو يقوم به في صباه وليّه[(٣)] ، فإذا خاض الإمام فيه ، فهٰذا كان علىٰ شرط سلامة العاقبة ، هٰذا ما ذكروه .

١١٠٦١ـ وطريق المباحثة فيه أنا إذا قلنا : لا يجب الضمان إذا مات المحدود ، فلا شك أنا لا نوجب على الإمام تأخير إقامة الحد إلى اعتدال الهواء ؛ فإنا لو أوجبنا

(١) في النسختين : « فقد » والمثبت من المحقق رعاية للسياق .
(٢) في الأصل : « وكان » .
(٣) سقطت من (ت٤) .

ذلك ، لكان معتدياً إذا لم يؤخر ، وكان الضمان يجب ، فإن أوجبنا الضمان ، فينقدح وجهان : **أحدهما** ـ لا يجوز إقامة الحد في الحر والبرد ، ولأجل هـٰذا يضمن إذا أفضى التعجيلُ إلى الهلاك .

ويجوز أن يقال : إذا أوجبنا الضمان لم[١] يُمنع الإمام من التعجيل ، ولـٰكنا نكره ذلك ، ونقول : إن فعلته ، تعرضت [الفَرْض][٢] الضمان ، كما نطلق ذلك في التعزيرات ، وتأديبِ الأبِ ولدَه ، والأستاذِ تلميذَه ، والفقهُ ربط الضمان بالمنع عن الفعل ، وقد ذكرنا أن الموجب للضمان في التعزير أنا نتبيّن أن التعزير المهلك لم يكن على الاقتصاد المأمور به ؛ إذ لو كان كذلك ، لما أهلك .

ومما يجب الاعتناء به ـ وهو سر الفصل ـ [٣] أن التعزير [٣] هو علىٰ قدرٍ يغلب على الظن أنه لا يُهلك ، فأما جلد مائة ، فلا يمكن إطلاق هـٰذا الاعتبار فيه ، فإن من ضرب إنساناً مائة جلدة على الحد الواجب في الحد ، فقد نقول : إنه مما[٤] يُقصد به القتل ، فإذا وقع عمداً ، وأفضىٰ إلى الهلاك ، لم ينقص عن قطع أنملة ، وهـٰذا مقام يجب التثبت فيه .

ويحتمل أن أقول : الحد هو الذي لا يغلِّب على الظن إهلاكَ المحدود ، وإن/ كان لا يغلِّب السلامةَ منه ، وكأن المقصودَ من الحد إيقاعُ عذاب بالمحدود : إن كان[٥] يسلم منه ، فذاك ، وإن هلك ، فالحق قتله ؛ ولهـٰذا نص **الشافعي** علىٰ تجويز إقامة الحد في شدة الحر والبرد . ٥٧ ي

فالضعيف هو الذي يقتله الجلد لا محالة ، والقوي هو الذي لا تندر سلامته ، وليس الشرط أن يندر هلاكُه .

ويجوز أن يقال : ينبغي أن يكون الحد بحيث لو صدر من جانٍ عامد ، لما

---

(١) ت٤ : « يمنع الإمام من التعجيل » .
(٢) في النسختين : « لعرض » وعبارة الغزالي : « تعرضت لتقرير الضمان » .
(٣) ما بين القوسين سقط من : (ت٤) .
(٤) ت٤ : « إنما » .
(٥) سقطت من (ت٤) .

استوجب القودَ به ؛ من حيث إنه لا يقصد به القتل غالباً ، والتردد في الضمان بسبب إقامة الحدّ في الحر والبرد جاء من هـٰذه الجهة ، ومن لم يحط بذلك ، فليس علىٰ بصيرة من فقه الفصل .

وينتظم مما ذكرناه من العقوبات : منها قتلٌ ، ولا نظر فيه ، ومنها تعزير ويجب فيه نهاية التوقّي مما يتوقىٰ منه الهلاك ، ومنها الحد بالجلد ، وهو على التردد الذي ذكرناه في أنه هل نشترط أن تغلب السلامة منه أو لا نشترط ذلك . ولا بُعْد لو قُدِّر حدٌّ ليس قتلاً ، ومثله لو فرض من جانٍ ، وأفضىٰ إلى الهلاك ، لكان قتلاً موجباً للقود ، وهـٰذا كقطع اليد والرجل في السرقة . وقد انتهى المقصود من الفصل موضَّحاً مستوفىً ، والله ولي التوفيق .

فَصْلٌ

قال : « ولا يجوز على الزنا واللواط وإتيان البهائم إلا أربعة . . . إلىٰ آخره »[1] .

١١٠٦٢ـ مقصود الفصل بيان حكم اللواط وإتيان البهائم ، فنقول : ظاهر النصوص علىٰ أن الحد يجب علىٰ من يأتي الذكور .

وذكر **الأئمة** قولاً مخرجاً أنه لا يجب الحد باللواط ، وإنما الواجب فيه التعزير .

ومن أوجب الحد ، احتج بمذاهب **أصحاب رسول الله** صلى الله عليه وسلم ؛ فإنه اشتهر عنهم التغليظَ على اللائط ، حتىٰ لو ادعىٰ مدعٍ انتشار ذلك في أكثرهم ، لم يكن مجازفاً ، وإنما خلافهم في كيفية العقوبة ـ علىٰ ما سنذكر ما تمس الحاجة إليه في التفريع .

وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللائط والمأتي : « **اقتلوا الفاعل والمفعول به** »[2] .

---

(١) ر . المختصر : ١٦٧ .

(٢) حديث : « اقتلوا الفاعل والمفعول به » رواه أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه ، =

ومن أراد توجيه قول التعزير تمسك بطريقٍ من الشبه ، وهو مذكور في مسائل الخلاف/ ، وإن قلنا : واجب اللواط التعزير ، [فسنفصل][1] التعزيرات في باب الأشربة ، إن شاء الله عز وجل . ٥٧ ش

وإن قلنا : واجب اللواط الحد ، فعلىٰ هٰذا القول **قولان** : **أحدهما** ـ أن سبيله كسبيل الزنا ، يرجم فيه الثيب المحصن ، ويجلد البكر ، وقيل هٰذا مذهب **ابن الزبير** ، ووجه القياس فيه لائح . **والقول الثاني** ـ أن اللواط يوجب القتل على البكر والثيب ؛ إذ لم يفصل الرسول صلى الله عليه وسلم ، حيث قال : « **اقتلوا الفاعل والمفعول به** » وكذلك أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم الأقدمون رضي الله عنهم لم يفصلوا ، وأوجبوا القتل . واختلف في كيفيته ، فروي عن **علي** أنه قال في اللائط : « يُردَّىٰ من شاهق ، ويُعلىٰ بالأصخار »[2] ، ولم يفصل . وروي قريب من ذلك عن **أبي بكر** رضي الله عنه .

فإن قلنا بالفرق بين المحصن وغيره ، فالوجه اعتبار ذلك في الفاعل ، ولا معنىٰ لاعتباره في المفعول به ، ولعل الوجه قتْلُه علىٰ كل حال ، هٰذا تنبيه[3] ، وقد يخطر أنه لا يقتل ، ويُجلد ويغرب ، ويجوز أن يشبه جانبه[4] بجانب اللائط في الفرق بين الثيب والبكر .

= والحاكم ، والبيهقي من حديث ابن عباس ، ورواه ابن ماجه ، والحاكم من حديث أبي هريرة . قال الحافظ : وإسناده أضعف من الأول بكثير . (أحمد : ١/ ٣٠٠ ، أبو داود : الحدود ، باب فيمن عمل عمل قوم لوط ، ح٤٤٦٢ ، الترمذي : الحدود ، باب ما جاء في حدّ اللوطي ، ح١٤٥٦ ، ابن ماجه : الحدود ، باب من عمل عمل قوم لوط ح٢٥٦١ ، ٢٥٦٢ ، الحاكم : ٤/ ٣٥٥ ، البيهقي : ٨/ ٢٣١ ، ٢٣٢ ، التلخيص : ٤/ ١٠٢ ح ٢٠٣١) .

(١) في الأصل : فنفصل . والمثبت من (ت٤) .

(٢) أثر علي أنه قال في اللائط : « يردىٰ من شاهق . . » لم نصل إلىٰ هٰذا الأثر عن علي أو أبي بكرٍ رضي الله عنهما . وما وجدناه ما رواه البيهقي عن ابن عباس وقد سُئل عن حد اللوطي ، فقال : يُنظر أَعلىٰ بناء في القرية فيرمىٰ به منكساً ، ثم يتبع الحجارة . (السنن الكبرىٰ : ٨/ ٢٣٢ ، ومعرفة السنن والآثار : ٦/ ٣٥٠) .

(٣) كذا في النسختين .

(٤) أي جانب المفعول به ، وأما اللائط ، فيريد به الفاعل .

فإن قلنا : يقتل صاحب هـٰذه الفاحشة فاعلاً كان أو مفعولاً به ، ففي كيفية القتل **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يرجم [كالمحصن][١] إذا زنىٰ . **والثاني** ـ أنه تضرب رقبته . وهـٰذا الاختلاف يوجه[٢] بتردد أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم ، فقد صار إلىٰ كل مذهب مما ذكرناه صائرون من الصحابة رضي الله عنهم ، إلا التعزير ، فلم يكتف به أحد منهم .

فقد انتظم في اللواط **أربعة أقوال** : **أحدها** ـ الرجم في كل حال . **والثاني** ـ ضرب الرقبة . **والثالث** ـ الفصل بين المحصن وغيره . **والرابع** ـ الاقتصار على التعزير .

١١٠٦٣ـ وإتيان المرأة الأجنبية في دبرها بمثابة اللواط ، وقال قائلون : هو بمثابة الزنا والإتيان في المأتىٰ .

١١٠٦٤ـ وإذا أتى الرجل غلامه المملوك ؛ فالمذهب : القطع بأنه بمثابة اللواط بغير المملوك ، في التزام ما تقدم تفصيله ، وأبعد بعض **أصحابنا** فجعل إتيان الرجل غلامه المملوك بمثابة وطئه أخته المملوكة ، وفي وجوب الحد قولان سيأتي ذكرهما/ ، إن شاء الله تعالىٰ . ي٥٨

وهـٰذا غير سديد ؛ فإن الملك على الجملة يؤثر في إباحة الإتيان في المأتىٰ ؛ فإذا حرم بسببٍ ، جاز أن ينتهض الملكُ شبهة في إسقاط الحد ، وأما إتيان العبد المملوك ، فليس فيه تخيل الإباحة علىٰ جهةٍ ، فلا أثر للملك فيه .

١١٠٦٥ـ وإذا أتى الزوج زوجته في دبرها ، فالمذهب أنه لا يلتزم الحد . وأبعد **بعض أصحابنا** ، فألزمه ما ألزم اللائط . وهـٰذا لا أصل له .

١١٠٦٦ـ فأما إتيان البهائم ؛ فالمنصوص عليه أن واجبه التعزير ، واستنبط **بعض أصحابنا** قولاً من نص **الشافعي** نذكره : أن الحد يجب علىٰ آتي البهيمة ، وذلك النص أن **الشافعي** قال : « **لا أقبل علىٰ إتيان البهيمة إلا أربعة من العدول** » ، [وقرن][٣] بينه

---

(١) في النسختين : « المحصن » ، والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) ت٤ : « موجه » .

(٣) في النسختين : « وفرّق » . وهـٰذا عجيب من حيث اجتماع النسختين علىٰ هـٰذا التصحيف ، =

وبين اللواط والزنا في الذكر في اشتراط العدد الأقصىٰ ، فنظم **الأصحاب قولين** ، وقالوا : أصحهما ـ وجوب التعزير . **والقول الثاني** ـ أنه كاللواط . وقد تفصل القول فيه .

فإن قلنا : إنه كاللواط ، ففي قتل البهيمة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا تقتل من جهة أنها لا تنسب إلى ارتكاب جريمة ، ولا يفرض الزجر في جنسها ، **والثاني** ـ أنها مقتولة ، وقد روىٰ بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **اقتلوا الفاعل والمفعول به** . **فقيل للراوي : ما ذنب البهيمة ؟ فقال : إنما تقتل حتىٰ لا تذكر** »[1] . وذكر **العراقيون وجهاً ثالثاً** ـ أنها إن كانت مأكولة اللحم ، ذبحت ، وإن لم تكن مأكولة اللحم ، لم يجز قتلها ، وهـٰذا التفصيل لا بأس به .

فإن قلنا : تقتل البهيمة ، نُظر : فإن كانت محرمة اللحم ، فهل يجب قيمتها ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا يجب ؛ لأنها مستحقةُ القتل شرعاً ، وهـٰذا ضعيف ؛ فإنها ما أجرمت ، وإبطال مالية مالكها منها بعيد عن قياس الأصول . فإن قلنا : يجب قيمتها لمالكها ، ففيمن عليه القيمة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنها على الذي أتى البهيمة ؛ فإنه الساعي في إهلاكها . **والثاني** ـ أنها في بيت المال . وهـٰذا يقرب من التردد المذكور في أجرة الجلاد .

وإن كانت البهيمة مأكولة اللحم ، فهل يحرم أكلها إذا ذبحت ؟ فعلىٰ **وجهين** :

= وعجيب من حيث إن عبارة الشافعي التي (قرن) فيها بين إتيان البهيمة واللواط ، سبقت هـٰذه العبارة ، وكتبها الناسخ بقلمه قبل صفحة واحدة . ولـٰكن نذكر لهم جهدهم وعناءهم في حفظ هـٰذه الأصول الأمهات ، وهـٰذه الذخائر بأقلامهم ، جزاهم الله خيراً ، وعفا عنا وعنهم .

(١) حديث قتل من أتى البهيمة وقتل البهيمة ، وقول الراوي : « إنما تقتل حتىٰ لا تذكر » رواه البيهقي من حديث ابن عباس رضي الله عنه . وفي رواية أخرىٰ : قيل لابن عباس : « فما شأن البهيمة ؟ قال : ما أراه قال ذلك إلا أنه كره أن يؤكل لحمها وقد عمل بها ذلك العمل » أخرجها أبو داود والترمذي والنسائي وأحمد (البيهقي : ٨/ ٢٣٣ـ٢٣٤ ، أبو داود : الحدود ، باب فيمن أتىٰ بهيمة ، ح٤٤٦٤ ، الترمذي : الحدود ، باب من أتىٰ ذات محرم ومن أتىٰ بهيمة ، ح٢٥٦٤ ، والنسائي في الكبرىٰ ، ح٧٣٤٠ ، أحمد : ١/ ٢٩٦ ، التلخيص : ٤/ ١٠٣ ح ٢٠٣٣) .

ش٥٨ **أصحهما** ـ أنها لا تحرم ، **والثاني/** ـ أنه يحرم أكلها ؛ فإن من أصول الأطعمة أن كل حيوان وجب قتله ، حرم أكله ، (١ كما أن كل حيوان حرم قتله حرم أكله ١) ، فإن حرمنا أكلها ، فقتْلُها تفويتها ، والكلام فيها كالكلام في قتل البهيمة المحرمة اللحم ، (٢ فإن قلنا : لا يحرم أكلها ، فلا يجب إلا ما ينقصه القتل إن أوجبنا القيمة في البهيمة المحرمة ٢) ، ثم الخلاف فيمن يجب عليه أرش النقصان علىٰ ما تقدم .

ثم كل إتيان يوجب الحد ، فلا يثبت إلا بأربعة من الشهود ، وإن حكمنا أنه لا يوجب الحد بعضُ ما ذكرناه كإتيان البهيمة واللواط على القول البعيد المخرّج ، فهل يثبت بشهادة عدلين حتىٰ يصير المشهود عليه مستوجباً للتعزير أم لا بد من أربعة من العدول ؟ فعلىٰ **وجهين** . ونص **الشافعي** علىٰ أنه لا بد من أربعة من الشهود ، هٰكذا ذكر هاهنا ، وقد صرح في كتاب الشهادات بأن إتيان البهيمة ليس بزنا ، وقال : إذا شهد الشهود بالزنا استفسرهم الحاكم ، لأنهم قد يعُدّون إتيان البهيمة زناً ، هٰذا تمام القول في هٰذا الفن .

فصل

قال : « فإن شهدوا متفرقين قبلتهم . . . إلىٰ آخره »(٣) .

١١٠٦٧ـ الكلام الوافي البالغ في تحمل الشهادة على الزنا ، وعدد الشهود ، وكيفية إقامة الشهادة ، والرجوع عن الشهادة قبل استيفاء العقوبة وبعدها ، وما على الراجع كله يأتي مستقصىً [مجموعاً](٤) في باب الرجوع عن الشهادة ، في كتاب الشهادات إن شاء الله عز وجل .

والذي نذكره هاهنا في شهود الزنا إذا لم يتمّوا أربعاً ، أو تموا ، ثم رجع بعضهم ، أو كانوا فسقة ، أو عبيداً ، أو كفاراً ، فإنا لم نذكر هٰذا في كتاب اللعان ؛ فنقول

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٢) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٣) ر . المختصر : ٥/ ٦٧ .
(٤) في الأصل : « مستقصىً في مجموعاته » .

هاهنا : إذا شهد ثلاثة على الزنا [ولم يساعدهم رابع ، أو شهد واحد على الزنا][1] وجاء مجيءَ الشهود ، ففي وجوب الحد **قولان** : **أحدهما** ـ أنه لا يجب حدّ القذف ؛ فإنهم جاؤوا مجيء الشهود ، والذي يعضد ذلك أن لكل واحد منهم أن يُقدم علىٰ إقامة الشهادة ، والحد عقوبة جريمة ، وإذا أقدم ثلاثة على الشهادة ، فكيف ينقلبون قَذَفَة بامتناع الرابع ؟

والقول الثاني ـ أنهم قذفة والشاهد فيه حديث/ **عمر** وقصة **أبي بَكْرة**[2] وهي مشهورة مذكورة في الخلاف . ٥٩ ي

ومسلك المعنىٰ أنا لو لم نقم الحد على الشهود إذا لم يكمل عددهم ، لاتخذوا صيغ الشهاداتِ ذريعةً في القذف والوقيعة في الأعراض .

ولو شهد أربعة من العدول ثم رجع واحد منهم عن الشهادة أو رجع ثلاثة من الشهود وأصرّ واحد ، فالراجعون إذا كذّبوا أنفسهم قَذَفَةٌ يُحدّون ، والمستقر على الشهادة لا يُحدّ عند **المراوزة** ؛ فإن العدد كمل والبينة تمت ، ثم رجع [من رجع][3] ، فعليهم وبال الأمر ، واختصوا به دون المستقر على الشهادة .

وذكر **العراقيون طريقين** : **أحدهما** ـ ما ذكرناه ، **والآخر** ـ أن المسألة علىٰ قولين في المصرّين على الشهادة ، كما [لو لم يكمل][4] العدد ابتداء . وهـٰذا بعيد جداً ، ثم إن لم يكن من هـٰذه الطريقة البعيدة بُدٌّ ، فيجب ذكرها إذا فرض الرجوع قبل نفوذ القضاء ، أما إذا نفذ الحكم ، ورجع من رجع ، فلا يجوز أن يكون في المستقرين على الشهادة خلاف ؛ فإنا في الغرامات التي سيأتي تفصيلها لا نوجب على المستقرين علىٰ شهاداتهم

---

(١) ما بين المعقفين زيادة من (ت٤) .

(٢) قصة أبي بكرة مع عمر في الشهادة على المغيرة بن شعبة بالزنا ، حيث جلد عمرُ الثلاثة ؛ إذ لم يشهد معهم رابع رواها الحاكم في المستدرك والبيهقي ، وأبو نعيم في المعرفة ، وأبو موسىٰ في الذيل من طرق ، وعلق البخاري طرفاً منها (البخاري : الشهادات باب شهادة القاذف والسارق والزاني (الفتح : ٥/ ٣٠١) ، البيهقي : ٨/ ٢٣٤ـ٢٣٥ ، التلخيص : ٤/ ١١٧ ح ٢٠٦٨) .

(٣) في الأصل : « ولم يرجع » .

(٤) في النسختين : « كما لو يكمل العدد » . والمثبت من المحقق .

شيئاً ، وإنما نخصص ما نوجبه بالراجعين ، وإذا فرض الرجوع قبل نفوذ القضاء ، فقد يظن ظان أن البينة لم تكمل ، [إذا][(١)] عدمت قبل جريان القضاء بها .

ولو شهد شهود على الزنا في ظاهر الحال ، ثم بانوا عبيداً أو كفاراً ، فقد قطع **المحققون** بأنهم قذفة يُحدون ؛ لأنهم ليسوا من أهل الشهادة ، وإذا بطل منصب الشهادة ، لم يبق إلا ذكر الزنا ، وذكر الزنا من غير شهادة قذف .

١١٠٦٨ـ ولو بان الشهود الأربعة فسقة ، فالتفصيل فيهم أنهم إن كانوا معلِنين بالفسق غير مكاتمين فيه ، ولم يكن فسقهم مما يتوصل إليه باجتهاد ، ففي المسألة **قولان** ، ذكرهما **ابن سريج** : **أحدهما ـ** إنهم قذفة كالعبيد والكفار ، **والثاني ـ** أنه لا حد عليهم ؛ فإن في العلماء من يجعل الفاسق من أهل الشهادة .

وإن كان الفسق الذي يرد القاضي به شهادتهم مجتهداً فيه ، نُظر ؛ فإن كان مظنوناً لا يُقطع به ، وقد يرى القاضي التفسيق بما قد يرىٰ غيره أنه لا يقع التفسيق به ، فإن كان كذلك ، فلا يُحدون بلا خلاف ، فإنا لو حددناهم ـ وقد جاؤوا مجيء الشهود في ظاهر الحال/ قطعاً ـ لـكنا معارضين مقطوعاً به بمجتهد فيه ، ولا يبعد أن يدرأ حد الزنا عن المشهود عليه باجتهاد ، فأما إيجاب الحد عليهم [بمظنون][(٢)] ، ومنصبهم منصب الشهادة فلا سبيل إليه . ش ٥٩

وإن ردت شهادتهم بفسق يكتمونه ويستخفون فيه من الناس ، فهل يكونون قذفة ؟ فيه **وجهان** مرتبان على الوجهين في المعلنين ، وهاهنا [أولىٰ][(٣)] بألا يحد حد القذف ، بل هو ظاهر المذهب ، والدليل عليه أنهم لو شهدوا في مال أو غيره ، فردت شهادتهم ، ثم حسنت حالتهم ، فأعادوا الشهادة رُدّت معادة ، كما رُدّت ابتداء ، ولو جاء عبيدٌ مجيء الشهود ، فردت شهادتهم ؛ ثم عَتَقوا ، فأعادوها ، قُبلت منهم معادة ، ولو رُدت شهادة معلنين بالفسق ، [لا يأنفون منه][(٤)] ولا يتعيرون به ، ثم

---

(١) في الأصل : « وإذا » .
(٢) في الأصل : « فمظنون » .
(٣) زيادة من (ت٤) .
(٤) سقطت من الأصل ، والمثبت من (ت٤) .

حسنت حالتهم ، وظهرت عدالتهم فأعادوها ، ففي قبول الشهادة المعادة **وجهان** .

ويمكن أن نجعل هـٰذا ضبطاً فيما نحن فيه ، فيقال : كل من ردت شهادته [وإذا][(١)] زايل حالتَه ، ثم أعاد الشهادة لا تقبل شهادته المعادة ، فإذا شهد على الزنا مع كمال العدد ، ثم اطلع علىٰ تلك الصفة ، وردت شهادته ، فلا يكون قاذفاً ، وإن كان علىٰ صفة لو شهد عليها ثم زايله فأعادها ، قبلت منه ، فإذا شهد على الزنىٰ ، فردت شهادته على الصفة التي ذكرناها ، فهو قاذف ، لأنه ليس من أهل الشهادة ، [وتصدّيه لها باطل][(٢)] فلو شهد على الزنىٰ أربعة ، ثم بان أن فيهم من يعادي المشهود عليه ، فردت شهادته ، فليس قاذفاً ؛ لأن رد الشهادة بالعداوة مجتهد فيه ، وقد ذكرنا أن الفسق المجتهد فيه إذا اتفق رد الشهادة به لا يصير المردود قاذفاً ، مع كمال العدد . فهـٰذا ضبط القول فيما ذكرناه .

١١٠٦٩ـ ثم ذكر **الشافعي** على الاتصال بهـٰذه القاعدة مسائلَ نذكرها ، ونذكر مافيها : **إحداها ـ** أنه إذا شهد أربعة أن فلاناً زنىٰ بامرأة ، فشهد اثنان منهم أنه زنىٰ بها وهي مطاوعة ، وشهد اثنان أنها كانت مكرهة ، أما المرأة ، فلا حد عليها ، وقد تعرض لمطاوعتها ، ونسبتها [إلى الزنا][(٣)] شاهدان/ ، ولم يكمل العدد علىٰ هـٰذه الصفة ، ففي حد القذف عليهما القولان المقدمان ، فإن قلنا : يحدان لما خرجت شهادتهما عن أن تكون شهادة ، والقاذف مردود الشهادة إلا أن يتوب ، ثم يستبرأ ، علىٰ تفاصيلَ ستأتي إن شاء الله ، فعلىٰ هـٰذا لا يحد الرجل وإن شهد أربعة علىٰ زناه ؛ لأن اثنين منهما قاذفان ، لا تقبل شهادتهما . ٦٠ ي

فإن قلنا : لا يحدان ، فقد تمت الشهادة على الرجل ، فهل يلزمه حد الزنا بشهادة الأربعة ؟ اختلف **أصحابنا** في المسألة ، فذهب أكثرهم إلىٰ وجوب الحد عليه ، لأنه اجتمعت شهادة أربعة من الشهود علىٰ زناه ، وهو علىٰ موجب شهاداتهم زانٍ : أكره

(١) في النسختين : فإذا . والمثبت من المحقق .
(٢) عبارة الأصل : وتصدّ به على الزنا باطل .
(٣) زيادة من (ت٤) .

المرأة أو طاوعته ، **ومن أصحابنا من قال** : لا يجب الحد على الرجل لاختلاف الشهادة في صفة الفعل الصادر منه ، وسيأتي لهـٰذا نظائر في كتاب الشهادات إن شاء الله عز وجل .

فإن قيل : إذا قلنا : لا يحد الرجل ، فهل يحد الشهود في حقه ؟ قلنا : ما ذهب إليه **أهل التحقيق** أنهم لا يحدون في حقه ؛ فإن عددهم كامل علىٰ زناه ، وهم من أهل الشهادة ، وإنما رددنا شهادتهم ، فلم نقم الحد عليه لأمر خفيٍّ مجتهَد فيه ، وقد ذكرنا أنا إذا رددنا الشهادة لأمر مجتهد فيه مع كمال العدد ، فلا نجعل الشهود قذفة .

١١٠٧٠ـ ثم قال الشافعي : « وإن شهد عليها بالزنا أربعة . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

وصورة المسألة : إن **شهد** أربعة علىٰ زنا امرأة ، فتُشهِد أربعَ نسوة عدول علىٰ أنها عذراء ، فلا حد عليها ؛ لأن الحد يُدرأ بالشبهة ، وقيام العذرة مما يغلِّب على الظن أن الزنا لم يجر ، ولـٰكن لا حد على الشهود ؛ لأن العذرة قد تعود ، ويستحيل أن يحدّوا مع هـٰذا الإمكان ، فالمرأة لا تحد ؛ لأن عذرتها شبهة ظاهرة في نفي الزنا ، والحد مما يسقط مع الشبهة ، والشهود لا يحدون لما ذكرناه .

ولو شهد أربعة علىٰ أنه زنىٰ بها مكرهة ، وشهد أربعة أنها عذراء ، دفع الحد عن الرجل المشهود عليه بالزنا والإكراه ؛ لأن العذرة إذا ثبتت عارضت ظهور الزنا على المناقضة ، فإن ادعت المكرهة الوطء على الإكراه ، فلها المهر ، وثبوت العذرة لا يدرأ المهر ؛ فإن المهر لا ينتفي بالشبهة .

ش ٦٠ ولو شهد أربعة من/ الشهود علىٰ زنا فلان بفلانة ، ولـٰكن عيّن كل [واحد][(٢)] منهم زاوية من زوايا البيت للزنا ، فلا يثبت الزنا لاختلاف الشهادات ، ولـٰكن كل واحد منهم شهد علىٰ زناً لم يساعَد عليه ؛ فيخرج فيهم قولان في وجوب حد القذف ؛ فإن العدد لم يكمل في الشهادة علىٰ زنية واحدة .

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٦٧ .

(٢) في النسختين : « واحدة » .

فصل
يجمع تفاصيل المذهب في الشبهات المؤثرة في درء الحد

١١٠٧١ـ ونحن نجمعها في تقسيم كان يردده **شيخنا أبو محمد** ، كان يقول : **الشبهات ثلاثة أصناف : أحدها ـ** في المحل . **والثاني ـ** في الفاعل . **والثالث ـ** في الطريق والجهة .

فأما ما يتعلق بالمحل ، فالملكُ وإن لم يُبح الوطء ، يدرأ الحد على القول **الجديد** ، والرأي الظاهر ، فإذا ملك الرجل أخته من الرضاع أو النسب ، وألمَّ بها علىٰ علم ، لم يلتزم الحدّ ، وكذلك إذا وطىء أحدُ الشريكين الجارية المشتركة ، فلا حد عليه ؛ لمكان الملك .

وللشافعي رحمه الله في **القديم** قولان مشهوران أن الحد يثبت في هـٰذه [الصور][(1)] التي ذكرناها ، وكان **شيخنا** يقول : أولى الصور بجريان هـٰذا القول فيها المملوكة التي فيها معنىً محرِّم على الأبد ، بحيث لا يفرض دفعه ؛ فإن الملك لا يؤثر طريانه في رفع الحظر ، فوجوده كعدمه ، وهـٰذا القول في الجارية المشتركة أضعف ؛ لأنها عرضة الاستباحة باستكمال الملك .

وطرد **أصحابنا** هـٰذا القولَ في وطء المولى الجارية المزوّجة ، والجارية المملوكة المعتدة عن الزوج ، وهـٰذا لا أصل له ؛ فإن تحريم العدة إلى الزوال ، والنكاح عرضة الارتفاع ، والطوارىء على الملك مع دوامه لا يُلحقها بالمحرمات التي لا يتصور استباحتها .

ولا خلاف في أن الوطء في الحيض لا يوجب الحد ، وكذلك وطء الجارية قبل استبرائها لا يلزم الحد وفاقاً . ووطء المرأة المُحْرِمة والصائمة كذلك ، إذا كان سبب الحلّ مستمراً عليها ؛ وذلك أن الحرمة ليست مختصة بها ، وإنما سبب التحريم العبادة ، وهـٰذا كما أن سبب تحريم الحائض التقذّر/ والأذىٰ . ٦١ ي

---

(١) في النسختين : « الصورة » .

والملك في الغلام على الرأي الظاهر لا يكون شبهة في درء العقوبة ، كما تقدم ، واستحقاق الاستمتاع بالزوجة والمملوكة يدرأ الحد إذا أتاها الزوج أو المالك في غير المأتىٰ ، وفي هـٰذه الصورة وجه ضعيف يناظر علىٰ مضادة ما أشرنا إليه في الغلام المملوك .

وإن أردنا ضبط القول **القديم** ، قلنا : كل مملوكة محرمة بمعنىً يخصها ، لا لاحترام[1] قرابة ، فيجري القول **القديم** ، ثم تتفصّل الصور ، فجريانها في بعضها أظهر ، وفي بعضها أخفىٰ ، كما قدمناه .

فهـٰذا بيان الشبهات المتعلقة بالمحل ، وعلىٰ هـٰذا يخرّج وطء الأبِ جاريةَ الابن ؛ فإن له فيها شبهة ، ثم إن حكمنا بأنها تصير أمَّ ولدٍ لو علقت منه ، فلا حد **جديداً وقديماً** ، وإن حكمنا بأنها لا تصير أم ولد ، فقد أجرىٰ بعض **الأصحاب** القولَ **القديم** في إيجاب الحد ، وهـٰذا ضعيف ، لا تعويل علىٰ مثله .

١١٠٧٢ـ فأما الشبهات التي تكون في الفاعل ، فيجمعها عدم علمه بتحريم الوطء وذلك يحصل بجهات : منها العقود الفاسدة التي يحسبها صحيحة ، ومنها أن تزف إليه غيرُ امرأته ، ومنها أن يصادف امرأةً علىٰ فراشه ، فيحسبها مملوكته أو زوجته ، ولو حسبها الجارية المشتركة بينه وبين شريكه ـ والتفريعُ علىٰ **الجديد** في أن الشريك[2] لا يلتزم الحد بوطء الجارية المشتركة ـ فهـٰذا فيه تردد ، ويظهر نفي الحد ؛ لأنه ظنّ ما لو تحقق ، لاندفع الحد ، ويجوز أن يقال : يلزمه الحد ؛ لأنه أقدم على الوطء مع العلم بالتحريم ، وظنَّ اقترانَ دارىء الحد بالوطء وكان[3] الأمر علىٰ خلاف ما ظن ، ويقرب من هـٰذا أن [يكون][4] الشخص ممن يعلم أن الوطء محرم ، ولا يعلم وجوب الحد به .

---

(١) ت٤ : « يخصها الاحترام » .
(٢) ت٤ : « شريكه يلتزم الحد » .
(٣) ت٤ : « ولو كان » .
(٤) زيادة من المحقق .

١١٠٧٣ـ **فأمّا الطريقُ والجهةُ** ؛ فالقاعدة المعتمدة في المذهب أن كل جهةٍ صار إلىٰ تصحيحها والحكم بإفضائها إلى الإباحة صائر من **أئمة الشريعة** ، فإذا حصل الوطء بها ، فالمذهب انتفاء الحد ، وإن كان المُقدِم عليها لا يرىٰ [استحلالَ][1] الوطء بتلك الجهة/ . وعلىٰ هـٰذا قال **الأئمة** : إذا نكح الرجل نكاح متعة ، وأصاب ، فلا حد ، لمذهب **ابن عباس** في إباحة نكاح المتعة ، وكذلك إذا نكح بغير وليٍّ ، أو نكح بغير شهود ، مكتفياً بالإعلام . ٦١ ش

وحكىٰ **الأئمة** قولاً عن **الشافعي** أن الوطء في نكاح المتعة ممن لا يستحله موجبٌ للحد ، وهـٰذا قريب من القول **القديم** في الأملاك [المقترنة][2] بالأسباب المحرمة .

والترتيب عندنا أن كل عقد ليس فساده من المظنونات ، وإن عُزي إلىٰ **بعض الأئمة** ، فنُجري هـٰذا القول فيه ، ونكاح المتعة منه ، فإن الذي استقر عليه **مذاهب العلماء** أن نكاح المتعة أبيح ثم نسخ ، وقد قيل : رجع **ابن عباس** عما ينسب إليه من إباحته .

وكل عقد لا يمكن القطع بفساده ويلحق الكلام فيه[3] بالمظنونات ، فهو شبهة في درء الحد ، كمذهب **أبي حنيفة** في انعقاد النكاح بغير ولي ، وكمذهب **مالك** في انعقاده بغير شهود ، ولا يجري القول الذي ذكرناه في هـٰذا الصنف .

وذهب **الصيرفي** من أصحابنا إلىٰ إيجاب الحد علىٰ من وطىء في النكاح بغير ولي ، ثم زعم أن الحد يجب على الحنفي فضلاً عن الشافعي ، وانتحىٰ في هـٰذا مذهب **الشافعي** ، حيث قال : لو شرب الحنفي النبيذ حددته ، وقبلت شهادته . وسنعود إلىٰ هـٰذا الطرف في باب الأشربة ، إن شاء الله عز وجل .

فهـٰذه معاقد مذهبنا في الشبهات وتقاسيمها ، وبيان محل الوفاق والخلاف فيها .

---

(١) في الأصل : « استقلال » .
(٢) في الأصل : « المقربة » .
(٣) زيادة من (ت٤) .

١١٠٧٤ـ وأما **أبو حنيفة**[١] ، فقد أتىٰ بمناقضات بادية ، وزعم أن كل ما يؤتىٰ[٢] به علىٰ صيغة العقد داريءٌ للحد ، وإن أجمع المسلمون علىٰ بطلانه ، فقال : نكاح الأم يدرأ الحدَّ عن الابن الذي يأتيها ، وإن كان هـٰذا علىٰ رتبة العقود الباطلة .

ولو اشترىٰ [حرّة ، ووطئها ،][٣] حُد .

ولو استأجر امرأة على الزنا ، أو أباحت نفسها ، أو جاريتها حُد ، **وأبو حنيفة**[٤] قال : لا يحد ، وأقام الاستئجار على الزنا دافعاً للحد ، ثم اكتفىٰ بالمعاطاة ، وقال : لا حد على المرأة إذا مكنت مجنوناً[٥] ، وعلى العاقل الحد إذا زنىٰ بمجنونة ، ولا حد عليه بخرساء في أمور لا يحويها ضبط ، وليست من غرضنا . ثم أوجب الحد علىٰ من يأتي امرأة يحسبها زوجته[٦]/ ، وإن كان لا يأثم ، فهـٰذا شخص غير آثم ، وهو مرجوم! وقال في مسألة شهود الزّوايا[٧] : يجب على المشهود [عليه][٨] الحد ، وإن اختلفت الشهادات ، فليس يستقر له مذهب في الدرء ، ولا في الإيجاب . ي ٦٢

ومن الفروع اللطيفة التي انتظمت له أنه قال : إذا شهد أربعة من العدول علىٰ زنا

---

(١) ر . المبسوط : ٩/ ٨٥ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٢٩٦ مسألة ١٤١٤ ، طريقه الخلاف : ٢٠٥ .

(٢) في الأصل : قوىٰ ، والمثبت من ت٤ .

(٣) في النسختين : « ولو اشترىٰ جارية بالدم ووطئها ، حُد » والمثبت هي الصورة المتداولة في كتب المذهب ، راجع علىٰ سبيل المثال (الشرح الكبير : ١١/ ١٤٨) .
هـٰذا ، ولِما في النسختين وجهٌ ، وهو أن جعل الدم ثمناً للجارية يبطل عقد الشراء ، والكلام فيما تورثه العقود الباطلة من شبهة تدرأ الحد . وأن الأحناف يجعلون العقد ـ مهما كان ظاهر البطلان ـ شبهة دارئة للحد .

(٤) ر . رؤوس المسائل : ٤٨٧ مسألة ٣٥٢ ، طريقة الخلاف : ٢٠٧ ، المبسوط : ٩/ ٥٨ ، ٥٩ .

(٥) ر . رؤوس المسائل : ٤٨٨ مسألة ٣٥٣ ، طريقة الخلاف : ٢١٠ ، المبسوط : ٩/ ٥٤ .

(٦) ر . المبسوط : ٩/ ٨٧ ، البدائع : ٧/ ٣٧ .

(٧) ر . المبسوط : ٩/ ٦١ ، البدائع : ٧/ ٤٩ .

(٨) زيادة من المحقق .

شخص ؛ فإن كذّبهم ، أقيم الحد عليه ، وإن صدقهم ، فلا حد عليه ؛ لأن التصديق إقرار ، والشهادة مع الإقرار مردودة ، ثم الزنا لا يثبت بإقرارٍ واحدٍ .

فَصْلٌ

قال : « ويحدُ الرجل أَمَتَهُ. . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٠٧٥ـ السيد عندنا يقيم الحد علىٰ مملوكه في الجملة ، خلافاً **لأبي حنيفة**[٢] ، ثم كثر اختلاف **أصحابنا** في جوانب المسألة وأطرافها ، والذي يكاد يجمع معظم صور الخلاف أن من **أئمتنا** من قال : السيد يقيم الحد علىٰ مملوكه[٣] بطريق الولاية ؛ فإن الملك أثبت له سلطانَ تزويج الأمة ، والتزويجَ من العبد مع اختلاف الدين على الرأي الظاهر . **ومن أصحابنا** من قال : إقامة السيد الحدَّ علىٰ مملوكه مأخوذة من جهة استصلاح الملك ، وتأديب المملوك .

وينشأ من هـٰذا الأصل مسائل : منها اختلاف **الأصحاب** في أن المكاتَب هل يقيم الحد علىٰ مملوكه الذي تحت يده ، فإن جعلنا ذلك ولاية ، فالمكاتَب رقيق ليس من أهل الولاية ، وإن جعلناه استصلاحاً ، فهو من أهله ، وكذلك الخلاف في المرأة إذا أرادت إقامة الحد علىٰ مملوكها ، أو أمتها ، فإن اعتبرنا الولاية ، فليست هي من أهل الولاية ، وإن اعتبرنا الاستصلاح ، فهي من أهله ، وهـٰذا الاختلاف يجري في المالك الفاسق علىٰ نحو ما ذكرناه .

ثم السيد يقيم الحد إذا أقر المملوك ، أو أقرت الأمة ، وهل يُصغي إلىٰ شهادة الشهود ، حتىٰ يُثبتوا الحدّ عنده ؟ هـٰذا يخرج علىٰ ما مهدناه : فإن جعلنا إقامة الحد استصلاحاً ، فليس السيد من أهل سماع البينة ، وإنما يقيم الحد إذا عاين الزنا أو أقر المملوك به . وإن قلنا : سبيله سبيل الولاية ، فهل يسمع السيد البينة ؟ فعلىٰ **وجهين** :

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ٦٧ .

(٢) ر . المبسوط : ٩/ ٨٠ ، مختصر اختلاف العلماء : ٥/ ٢٩٨ مسألة ١٤١٧ .

(٣) ت٤ : مملوكته .

ش ٦٢ **أحدهما** ـ أنه يسمعها ويقيم الحدَّ بها . **والثاني** ـ لا يسمعها ؛ فإنه/ لا يستقل بالنظر في أحوال الشهود ، وإنما يتهيأ ذلك للقاضي ؛ لمكان استمكانه لمراجعة المزكين ، قال **العراقيون** : إذا قلنا : لا يسمع الشهادة ، فلو سمعها القاضي ، وقضىٰ به ، فالسيد يستوفي الحدّ حينئذ ، والأمرُ علىٰ ما ذكروه ، وهـٰذا قياس طريق **المراوزة** أيضاً .

ثم قال **الأئمة** : لا يشترط أن يكون السيد مجتهداً ، قال **الصيدلاني** : إذا قلنا : إنه يسمع الشهادة ، فلا بد أن يكون عالماً ، وهـٰذا الذي قاله فيه نظر : فإن عَنَىٰ بالعالم المتهدِّي إلىٰ ما يختص بهـٰذا الباب ، فنعم ، وإن أراد أن يكون مجتهداً ، فلست أرىٰ لذلك وجهاً .

وزاد **العراقيون** شيئاً متصلاً بهـٰذا المنتهىٰ ، فقالوا : إذا قلنا : المرأة لا تقيم الحد علىٰ مملوكها في أحد الوجهين ، فمن يقيمه ؟ ذكروا **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يقيمه الإمام ، وهو الذي قطع به **المراوزة** ، **والثاني** ـ أنه يقيم الحد علىٰ مملوكها من يتولىٰ تزويجها ، وهـٰذا بعيد لا أصل له .

١١٠٧٦ـ ومما يتصل بتمام الفصل أن السيد هل يقطع مملوكه إذا سرق ، أو قطع الطريق ؟ فيه اختلاف بين **الأصحاب** ، وهو خارج على الأصل الذي مهدناه : فإن جعلنا إقامة الحد ولاية ، فلا يمتنع أن يقيمها المالك . وإن قلنا : إنها استصلاحُ ملْكٍ ، فكأنا[1] ألحقناه بالتأديب ، والقطعُ ليس من قبيل التأديب .

وذكر **بعض الأصحاب** في هـٰذا ترتيباً حسناً ، فقالوا : في القتل والقطع **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أن السيد لا يملكهما ، **والثاني** ـ أنه يملكهما . **والثالث** ـ أنه يقطع ولا يقتل ؛ لأن القطع علىٰ حالٍ فيه إبقاء مملوك ، وقد ينتفع به بعدُ ، والقتل بخلافه ، [وابتناء][2] ذلك على الأصل الذي ذكرناه .

والسيد لا يحد مكاتَبه ؛ لأنه ليس تحت تصرفه ، ويحد مدبَّره ، وأمَّ ولده ، فإن رقه قائم فيهما ، وسلطانه مستمر عليهما ، ولا تعويل على امتناع البيع في المستولدة .

---

(١) ت٤ : « لأنا » .

(٢) في النسختين : « وإنشاء » والمثبت من المحقق .

ومن نصفه حر ونصفه مملوك ، لا يقيم مالك الرق منه الحدَّ عليه أصلاً ؛ فإنه يقع بجملته وبعضها حرٌّ ، ورأيت في نسخة من [نسخ][(١)] **الصيدلاني** إلحاقَه بالمدبر ، وأمِّ الولد ، وهـٰذا/ خطأ صريح ، وأحسبه من خلل النسخة ، وسأراجع نسخة أخرىٰ ، إن شاء الله تعالىٰ . ٦٣ ي

وذكر **العراقيون** : أن العبد إذا قلنا : إنه يغرّب ، هل يتولى السيد تغريبَه ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ ليس له ذلك ؛ فإن المعوّل في إقامة الحد على المماليك الخبرُ ، وإنما صح في الحديث تفويض الجلد إلى السادة ؛ فإنه صلى الله عليه وسلم قال : « **إذا زنت أمة أحدكم ، فليجلدها الحد** »[(٢)] [وهـٰذا وجه ضعيف إن صح][(٣)] أنه صلى الله عليه وسلم قال : « **أقيموا الحدود علىٰ ما ملكت أيمانكم** »[(٤)] .

١١٠٧٧ـ ومما يجب الإحاطة به أن السلطان من أهل إقامة الحد على المملوكين ، والسادة من أهل إقامة الحد عليهم ، فلو جعلنا السيد من أهل الإقامة ، فليس عليه مراجعة السلطان فيما فوّضه الشرع إليه ، وإذا لم يُقم السيد في بعض الصور ، أقام السلطان ، (٥ وإن ثبت الحدّ ، فابتدر ٥) السلطان وأقامه ، وقع الموقع .

وإن فُرض اجتماع السلطان والسيد ، وكل واحد يبغي أن يكون هو المقيم ، فهـٰذا

---

(١) زيادة من ت٤ .

(٢) حديث « إذا زنت أمة أحدكم . . . » متفق عليه من حديث أبي هريرة (البخاري : البيوع باب بيع العبد الزاني ، ح٢١٥٢ ، مسلم : الحدود ، باب رجم اليهود ، أهل الذمة في الزنا ، ح١٧٠٣) .

(٣) ما بين المعقفين زيادة من (ت٤) . ومكانه في الأصل : (وروي) ، ثم الحديث الأول متفق عليه كما ظهر في التعليق قبله ، ثم هـٰذا الوجه ضعيف فعلاً ، فقد ثبت صحة الحديث . كما سيظهر في التعليق الآتي .

(٤) حديث « أقيموا الحدود علىٰ ما ملكت أيمانكم » رواه أبو داود والنسائي والبيهقي من حديث علي ، وأصله في مسلم موقوفاً من لفظ علي . (ر . أبو داود : الحدود ، باب في إقامة الحد على المريض ، ح٤٤٧٣ ، الكبرىٰ للنسائي : ح٧٢٣٩ ، البيهقي : ٨/ ٢٢٩ ، ٢٤٥ ، مسلم : الحدود ، باب تأخير الحد عن النفساء ، ح١٧٠٥ ، تلخيص الحبير : ٤/ ١٠٩ ح٢٠٤٩) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ت٤) .

موضع النظر : يجوز أن يقال : السلطان أولىٰ لمكان الولاية العامة ، وإقامة الحدود هي أخص آثار الولايات ، وقد قال **الشافعي** : « **إذا اجتمع في دار رجلٍ مالكُ الدار والسلطانُ ، وقامت الصلاة ، فالسلطان أولىٰ بالإمامة من مالك الدار** » لأن أصل الجماعات مما جرى الرسم بكلام الولاة فيها ، وإن كان لا يتوقف تصحيحها علىٰ رأيهم ، فإذا كان كذلك ، فالحدود بما ذكرناه أولىٰ .

ويجوز أن يقال : المالك أولىٰ بإقامة الحدود ؛ لأنها تتعلق باستصلاح ملكه ، فكان أولىٰ منه ، ولا يمتنع أن يقال : المالك أولىٰ بالجلد والسلطان بالقتلِ ، والقطعِ ؛ فإن إعمال الأسلحة وسفك الدماء حقه ارتباطه بمن إليه الأمر ، فإن أقام الشرعَ السيدُ به ، فهو في حكم النائب للإمام ، والتبعِ له . فإذا فرض النزاع ، فالوالي أولىٰ بما يليق بمنصبه .

١١٠٧٨ـ ثم عقد **الشافعي** باباً في حدّ الذميين[(١)] ، ومضمونه أنهم إذا ترافعوا إلينا ، ورضوا بحكمنا ، فيجوز القضاء عليهم ، وفي الوجوب قولان تقدَّم ذكرهما في أبواب النكاح ، وسيعود/ تفريعهما في أدب القضاء ، إن شاء الله تعالىٰ . وقصة اليهوديين ، إذ رضيا بحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في حد الزنىٰ مشهورة[(٢)] . ش٦٣

وإذا ارتفع إلىٰ مجلس الحاكم من الذميين من كان شرب الخمر ورضي بحكم الإسلام ، فظاهر المذهب أنه لا يقام عليه الحد ؛ لأن المقصود من الحد الزجر ، والمرتفع إلينا مستبيحٌ للخمر ، غيرُ مغيِّرٍ لعقده ، فلا معنىٰ لزجره ، علىٰ أنا منهيون عن تتبعهم ، مأمورون بمتاركتهم[(٣)] ، والإعراضِ عن البحث عن أحوالهم .

فإن قيل : أليس نص **الشافعي** علىٰ أن الحنفي يحد إذا شرب النبيذ ، وإن كان مستبيحَه ؟ قلنا : إنما قال ذلك ، لقطعه بأن في شرب النبيذ من المحذور ما في شرب

---

(١) ر. المختصر : ٥/١٦٧ .

(٢) حديث رجم اليهوديين متفق عليه من حديث ابن عمر (البخاري : الحدود ، باب الرجم في البلاط ، ح٦٨١٩ ، مسلم : الحدود ، باب رجم اليهود ، ح١٦٩٩) .

(٣) ت٤ : « بمناكرتهم » .

الخمر النيّئة[1] ، وهٰذا ليس يفرض فيه اختلاف ؛ فإنه آيل إلىٰ درك [قضايا][2] [الجبلّات][3] وموجب العادات ، ولا يستريب ذو نظر أن حد الشرب شرع زجراً ، والحنفي في قبضة الإمام ، وعليه تتبّع أحوال الرعايا من غير متاركة[4] وإعراضٍ عما فيه استصلاح الخلق ، والذمي مستبيحٌ أُمرنا بمتاركته[5] والإعراضِ عن أحواله ، وليس ملتزماً لأحكام الإسلام ، ولما يعود إلىٰ مصالح أهله .

وقد خرج في الذمي قول أنه يُحد إذا رضي بحكمنا ، وهٰذا بعيد غير معتد به ، وخرج أيضاً في الحنفي قول أنه لا يحد من نص **الشافعي** ؛ علىٰ أنه إذا نكح الشافعي بغير ولي ، لم يلزمه الحد ، وقد ذكرنا طرفاً من ذلك في النكاح .

* * *

---

(١) النيئة : أي التي لم تطبخ . وسيأتي بيان لأنواع الشراب في كتاب الأشربة .
(٢) زيادة من (ت٤) .
(٣) في الأصل : الخلاف .
(٤) ت٤ : « مشاركة » .
(٥) ت٤ : « بمناكرته » .

باب
حد القذف

١١٠٧٩ـ الكلام فيما يكون قذفاً ، وفي إحصان المقذوف ، وما يُرعىٰ فيه قد [مضىٰ][١] مستقصىً في كتاب اللعان . والذي نذكره الآن ـ وإن ذكرنا[٢] معظمه ـ الكلامُ في أن حدّ القذف [حق][٣] للآدمي ، ثم النظر فيمن يرثه ، وبعد ذلك لو[٤] قذف جماعةً بكلمة أو قُذف شخص بكلمات .

فنقول : حد القذف حق للآدمي ، ومن قال : فيه [شَوْبُ][٥] حق الله تعالىٰ وحق الآدمي ، فغُلّب [حق الآدمي][٦] ، فليس علىٰ بصيرة ؛ فإنا إذا قلنا : يتعلّق الحد بطلب المقذوف ، ويسقط/ بعفوه ، لم نغادر من تمحيض حق الآدمي شيئاً . نعم ، يجوز أن يقال : حد القذف يشابه حدود الله تعالىٰ من وجوه ، والقصاص فيه مَشَابه من حدود الله تعالىٰ ؛ إذ الغرض الأظهر منه الزجر ، وهـٰذا يتعلّق بالمطلوب الأخص من حدود الله تعالىٰ . ي ٦٤

ثم اتفق **أئمتنا** علىٰ سقوط الحد بعفو المستحِق ، ولو ورث الحدَّ جماعة ـ كما سنصف إن شاء الله تعالىٰ ، وجهَ التوريث فيه ـ فعفا بعضهم ، فحاصل ما ذكره **الأئمة** أوجه : **أحدها** ـ أن الحد يسقط بعفو البعض ، كما يسقط القصاص بعفو بعض الأولياء ، **والوجه الثاني** ـ أنه لا يسقط منه شيء ، ويستقل من لم يعف بطلب تمام الحد واستيفائه . **والوجه الثالث** ـ أنه يسقط بعفو العافي مقدارُ حقه ، ويبقىٰ مقدار حصص

---

(١) زيادة من (ت٤) .
(٢) ت٤ : « قدمنا » .
(٣) في الأصل : « حد » .
(٤) ساقطة من (ت٤) .
(٥) في الأصل : « ثبوت » .
(٦) زيادة من المحقق .

الذين لم يعفوا ، وإن اقتضت القسمة تكسيراً ، أكملنا الكسر في حكم الإسقاط تغليباً لموجب العفو .

ولو أراد مستحق الحدّ أن يعاوض[1] عن الحد ، ففي جواز الاعتياض **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ الجواز ، كمفاداة المرأة في حِبالة النكاح ، وإن كان المفتدي لا يستحق شيئاً منها .

١١٠٨٠ـ ولم أسمع خلافاً في أن مستحق الحدّ لا يقيمه ، بل يرفعه إلىٰ مجلس القضاء ، والسبب فيه إعظام[2] الاجتهاد في الحمل على الاقتصاد ، وقد قيل : من يضرب مائةَ سوط علىٰ إبلاغٍ في الإيلام الناجع يستمكن من القتل بعشرين سوطاً ، فلا وجه إلا الرفع إلىٰ من إليه الأمر ، وقد نيطت به الأمانات/ والولايات ، وهو مبرّأ عن الذحول[3] والأحقاد . هـٰذا متفق عليه . ٦٤ ش

وقد اتفق **الأئمة** علىٰ أن من استحق القصاص في اليد ، لم يكن له أن يستبد باستيفاء القصاص دون الإمام ، أو من استنابه ، وكذلك القول في القتل ، والأمر في القتل من وجهٍ في حكم الاستبداد أهون ؛ فإن النهاية المحذورةَ المَثُلَةُ ، والقطعُ إذا فرض الإسراف فيه [خيف][4] إفضاؤه إلى الهلاك ، ولـٰكن لو قَتَل مستحقُّ القصاص ، وقع الاعتداد به قصاصاً ، وكذلك لو قطع .

ومن قتل من آحاد المسلمين زانياً محصناً ، وقع قتله حداً ، ولو أقام جلداً علىٰ زانٍ بكرٍ ، لم يعتدّ بجلده ، وعُدّ عدواناً ، والحدّ قائم كما كان ، ولو استوفى المقذوف الحدَّ بنفسه ، فليس يبعد عن القياس المصيرُ إلىٰ وقوعه موقع الاعتداد كالقطع ، سيّما إذا صدر عن [إسلامٍ][5] من المحدود وإقدامٍ من المقذوف صادرٍ عن رضاه ، ولـٰكن

(١) ت٤ : « يعتاض » .
(٢) ت٤ : « عظم أمر الاجتهاد » .
(٣) الذحول : الذَّحْل : الثأر ، والحقد . ويجمع علىٰ ذحول ، وأذحال (المعجم) .
(٤) في الأصل : « حقيق » . والمثبت من (ت٤) .
(٥) في الأصل : « استدام » ، والمثبت من (ت٤) . ومعنىٰ إسلامٍ من المحدود ، أنه يُسْلم نفسه لمستحِق الحد راضياً بإقامته عليه .

الذي سمعته من **الأئمة** ، ودلّ عليه فحوىٰ كلامهم في مجموعاتهم أنه لا يقع الاعتداد بالحد .

١١٠٨١ـ ومما يذكر في ذلك أن **جماهير الأصحاب** أجمعوا علىٰ أن المحصن لو قال لإنسان : اقذفني ، فقذفه بإذنه ، فالحد يجب عليه ، بخلاف ما لو قال : اقطع يدي ، فقطع ، فالقصاص لا يجب وفاقاً ، ورأيت **للقاضي أبي الطيب الطبري** في كتابه المترجم **بالمنهاج** أن الحد لا يجب على القاذف إذا أباح المقذوف له عرضه ، لم يقله من تلقاء نفسه ، وحكاه عن **شيخه أبي حامد** ، وقال : كان يرىٰ ذلك ، وزيف غيرَه ، والفرق على الجملة عسر .

١١٠٨٢ـ والذي [لم][١] يظهر فيه خلاف من [أحد][٢] تنزيل حد القذف منزلة حدود الله في الفرق بين الحر والعبد ، فعلى الرقيق إذا قذف أربعون جلدة نصف ما على الحر ، وكان يليق بقياس حقوق الآدميين ألا يفرق في العقوبات بين الحر وبين العبد .

١١٠٨٣ـ [ثم][٣] من آثار أصل المذهب في أن حد القذف حق الآدمي أنه إذا مات المقذوف ، ولم يعفُ ، ولم يُسقط حقَّه ، فلا خلاف بين **أصحابنا** أن حد القذف موروث ، وإنما اختلافهم فيمن يرثه ، فقال قائلون : يرثه كل من يرث القصاصَ ، والمالَ ؛ فلا فرق بين أصحاب الفرائض والعصبات/ والمتعلقين بالأنساب والأسباب . ي ٦٥

ومنهم من قال : يختص باستحقاقه إرثاً أهل القرابة ، ثم لا فرق بين العصبات منهم وذوي الفروض .

ومنهم من قال : يختص استحقاقه بالعصبات ؛ فإنه ذبٌّ عن النسب ، [فكان][٤] مأخذه قريباً من مأخذ الولايات في [التزويج][٥] ، ثم علىٰ هـٰذا الوجه يرث الابن بلا

(١) زيادة من (ت٤) .
(٢) في الأصل : « أجل » .
(٣) زيادة من (ت٤) .
(٤) في الأصل : « وكان » .
(٥) في الأصل : « الزوج » .

خلاف ، ولو كان لا يزوِّج ، واختلف **أصحابنا** في أن المولى المعتِق هل يرث الحد ؛ تفريعاً علىٰ هـٰذا الوجه ، كما تنتهي إليه ولاية التزويج ؟ **فمنهم من قال** : هو من الورثة ، **ومنهم من قال** : يختص إرث الحد بعصبات النسب .

هـٰذا وجه في التوريث مفروض فيه إذا استقر استحقاق الحد ، ثم مات المستحق .

ولو قذف قاذف ميتاً كان محصناً في حياته ، استوجب الحدّ ، وورثته يطلبون الحد على الترتيب الذي ذكرناه ، والعجب أن **أبا حنيفة**[(١)] أثبت لهم الطلب في هـٰذه الصورة ، وقال : لو وجب الحد ، ثم مات المقذوف ، لم يكن لورثته الطلب .

ومن غريب ما حكاه **الشيخ في شرح التلخيص** أن من **أصحابنا** من أجرى القصاص مجرىٰ حد القذف ، حتىٰ يخرّج فيه الوجوه التي ذكرناها فيمن يرثه ويرث طلبه ، وهـٰذا غريب جداً .

ثم إذا قُذف الإنسانُ بعد موته ، وقلنا : حد القذف لو ثبت في الحياة ، لم يختص بإرثه أهلُ القرابة ، بل يثبت للزوج والزوجة ، فإذا كان القذف بعد الموت ، فهل يستحق الطلب للزوج والزوجة ؟ فعلىٰ هـٰذا الوجه **وجهان** : **أحدهما** ـ يثبت لهما ، كما لو استقر الحد في الحياة ، ثم مات المقذوف . **والثاني** ـ أنه لا يثبت ؛ لأن القذف أنشىء والزوجية منتهية ، وهـٰذا لا فقه له ؛ فإن الزوجية لا[(٢)] تنتهي بموت المورث ، فلو صح هـٰذا الاعتبار ، لوجب القطع بأن الزوج لا يرث أصلاً شيئاً .

ومما يتعلق بذلك أنه إذا قُذفت أمتُه وأثبتنا[(٣)] لها حق طلب التعزير ، فلو ماتت ، فهل للسيد طلبه بعد موتها ، كما للوارث ذلك في حق موروثه ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه لا يثبت ذلك ؛ إذ لا وراثة بين السيد والعبد ، وسلطانه إلىٰ بقاء ملكه ، والموت يخرج العبد عن كونه مالاً . **والوجه الثاني** ـ أنه يقوم مقامَه في الطلب ، لما

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢٦٦ ، المبسوط : ١٢٣/٩ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣١٧/٥ مسألة ١٤٤٢ .
(٢) سقط من (ت٤) .
(٣) ت٤ : وأثبتنا له .

ش ٦٥ بينهما من الاختصاص ؛ فإنه يلتزم تجهيزَهَ وتعيينَ مدْفنه[١] ، ويخلفه فيما يتصور/ الخلافة فيه عن رقيق . وهـٰذا نجاز هـٰذا الفصل .

١١٠٨٤ـ فأما القول في تعدد القذف والمقذوف فنقول : إذا قذف شخصاً مرتين بزنيتين ، فإن لم يتخلل استيفاء حدٍّ ، لم يلتزم إلا حداً واحداً ؛ فإن حُد للقذف الأول ، فنسبَ المقذوفَ إلىٰ زَنْيَةٍ أخرىٰ ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنه لا يلتزم حداً آخر ؛ فإنه قد كذب في حقه بحدٍّ ، فكفىٰ ذلك ، ولا أثر لتعديد الزنيات في الذِّكر ، ولـٰكن يستوجب بتجديد الأذىٰ تعزيراً .

والقول الثاني ـ وهو الأصح أنه يحد مرة أخرىٰ لتجدد الخبر والمخبَر عنه ، وإظهار كذبه في[٢] القذف الأول لا يتضمن تكذيبَه في الثاني . نعم ، لو أعاد ذلك القذف الذي حُد فيه ، لم يستوجب إلا تعزيراً ، ولو لم يتعرض لإعادة عين القذف الأول ولا للتصريح بتجديد قذفٍ آخر ، ولـٰكن [قال : زنيتَ][٣] ، أو عين زناً ، فحُدّ ، فأطلق النسبة إلى الزنا ، فهـٰذا لا يوجب حداً جديداً وفاقاً ، لإمكان حمله علىٰ إعادة الأول ، فلا سبيل إلىٰ إيجاب الحد مع التردد والشبهة .

وما ذكرناه من القذفين المختلفين فيه إذا كان لا يختلف الموجَبَان ، فأما إذا تعدد القذف ، واختلف الموجَب : مثل أن يقذف أجنبية بزنية ، ثم ينكحها ، ويقذفها بزنية أخرىٰ علىٰ فراشه ، ففي المسألة **طريقان** : **من أصحابنا من** قطع بتعدد الحد ، ثم يلتعن لاختلاف أثر القذفين ، **ومنهم** من أجرى القولين في تعدد الحد ، كما قدمناه ، وهـٰذا يظهر أثره إذا لم يلتعن ، فإن الْتعن ، زال أثر القذف في الفراش ، وبقيت الطَّلِبةُ بالحد اللازم بالقذف المتقدم على النكاح ، وقد أوضحنا هـٰذا في كتاب اللعان . هـٰذا في تعدد القذف واتحاد المقذوف .

١١٠٨٥ـ فأما إذا قذف شخصين فأكثر ، نظر : فإن أفرد كل واحد منهما بلفظة ،

---

(١) عبارة العز بن عبد السلام : « وله تعيين مدفنه » .
(٢) زيادة من (ت٤) .
(٣) عبارة الأصل : « قال أولاً زنيت » .

استوجب حدين بلا خلاف ، وإن أَحَّدَ الكلمةَ ونسبهما إلى الزنا بها ، ففي المسألة قولان ، مثل : أن قال : زنيتما ؛ أو أنتما زانيان ، والقولان جاريان مع العلم بأن اللفظ الواحد يشتمل علىٰ نسبتهما [إلىٰ][1] الزنيتين ، ولهـٰذا كان الأصح تعدد الحد ؛ فإن المعنىٰ هو المعتبر ، وقد تعدد معنى القذف ، وليس للقائل الثاني إلا التمسك باتحاد اللفظ ، ولا خير في هـٰذا ، مع ما أشرنا إليه ، ولـٰكنه قول مشهور/ . ٦٦ ي

ولو قال لأجنبية وامرأته[2] : زنيتما ، ففي المسألة **طريقان** ؛ لاختلاف [وقع][3] القذف فيهما : **منهم** من قطع بالتعدد لما ذكرناه من الاختلاف ، **ومنهم** من أجرى القولين ، وأثر هـٰذا يظهر إذا لم يلاعن عن زوجته ، وآل الأمر إلى الحد وطلبه ، فإن لاعن عن زوجته ، فلا خلاف أن الحد [للأجنبية][4] واجبٌ ؛ فإن اللعان لا يدرؤه .

وكل هـٰذا [مما][5] قدمنا أصوله وفروعه في كتاب اللعان .

* * *

---

(١) في النسختين : « من » .
(٢) ت٤ : « ولامرأته » .
(٣) في الأصل : « موقع » .
(٤) في النسختين : « للأجنبي » .
(٥) في الأصل : « فيما » .

كتاب السرقة

١٠٨٦ـ الأصل في أحكام السراق قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ ﴾ [المائدة : ٣٨] واشتمالها علىٰ ذكر أصل الجريمة والحد . وتفصيلُ مكان السرقة ، والمقدارُ ، وصفةُ السارق والمسروق منه تُتلَقَّىٰ من السنن [وغيرِها][(١)] من مدارك الشرع ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **والله لو سرقت فاطمة ، لقطعتها** »[(٢)] ، وقال : « **لعن الله السارق يسرق البيضة ، فتقطع يده ، ويسرق الحبل ، فتقطع يده** »[(٣)] وحمل بعض المتكلفين البيضة على المغفر ، والوجه حملها علىٰ جنس [البيض][(٤)] ومثل ذلك [منساغ][(٥)] في قصد التعليل .

والسرقة في اللسان : الأخذ في استزلالٍ ومخادعة ، والمصدر السَرق والسرقة ، والعلماء مجمعون علىٰ قواعد الكتاب ، والمطلوب منه يتعلق **بالمقدار الذي يسمىٰ نصاب السرقة ، وجنس المسروق .**

والكلام في الحرز .

ومعنى السرقة ، وذلك يتعلق بكيفية الإخراج .

---

(١) في النسختين : « وغيرهما » .

(٢) حديث « والله لو سرقت فاطمة . . . » متفق عليه من حديث عائشة رضي الله عنها (البخاري : الحدود ، باب إقامة الحدود على الشريف والوضيع ، ح٦٧٨٧ ، مسلم : الحدود ، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود ، ح١٦٨٨) .

(٣) حديث « لعن الله السارق يسرق البيضة . . . » متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه (البخاري : الحدود ، باب لعن السارق إذا لم يُسَمَّ ، ح٦٧٨٣ ، وباب قول الله تعالىٰ : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ وفي كم يقطع ، ح٦٧٩٩ . مسلم : الحدود ، باب حد السرقة ونصابها ، ح١٦٨٧) .

(٤) في الأصل : « البيضة » .

(٥) في الأصل : « ساغ » .

والقول في الشبهات الدائرة .

ثم الاختتام بما يُثبت السرقةَ من بينةٍ وإقرار .

ووراء ذلك بيان القطع والمقطوع في السرقة .

هـٰذا مجامع الكتاب .

ونحن نذكر [التقويم من] أجناسِ الأموال[١] ، ثم ضوابطَ القول في الحرز ، ثم معنى السرقة والإخراج ، ونحرص أن نتبع ترتيب **السواد** .

١١٠٨٧ـ قال الشافعي : « القطع في ربع دينار . . . إلىٰ آخره »[٢] .

ذهب **داود** إلىٰ أن القطع يتعلق بالقليل والكثير ، وذهب **علماء الشريعة** إلىٰ أن القطع يتعلق بنصابٍ ، ثم اختلفوا : فذهب **أبو حنيفة**[٣] إلىٰ أن النصاب دينار ، أو عشرةُ دراهم ، ثم التقويم عنده بالدراهم ، والذهب في نفسه لا يقوّم بالدراهم ، ولا يقوّم به شيء .

ش٦٦ وقال **مالك**[٤] : النصاب ثلاثة[٥] دراهم ، أو ربعُ دينار ، والتقويم/ بالدراهم ، كما حكيناه عن **أبي حنيفة** .

وقال **النَّخعي**[٦] ، **وأبو ثور**[٧] ، . . . .

---

(١) في (ت٤) : « التقديم ثم أجناس الأموال » .

(٢) ر . المختصر : ١٦٩/٥ .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٢٦٩ ، رؤوس المسائل : ٤٩١ مسألة ٣٥٥ ، المبسوط : ١٣٦/٩ .

(٤) ر . الإشراف : ٩٤٣/٢ مسألة ١٨٩٤ ، عيون المجالس ٢١١٧/٥ مسألة ١٥٣١ .

(٥) ت٤ : خمسة .

(٦) النخعي : إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي الكوفي ، أبو عمران ، الإمام الحافظ ، فقيه أهل الكوفة ، تابعي ولم يثبت له سماع من الصحابة . توفي سنة ٩٦هـ . (تهذيب الأسماء : ١٠٤/١ ، سير النبلاء : ٥٢٠/٤ ، طبقات الشيرازي : ٨٢ ، وفيات الأعيان : ٢٥/١ ، تهذيب التهذيب ١٧٧/١) .

(٧) أبو ثور : إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي ، أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلماً وورعاً ، كان أول أمره علىٰ مذهب الحنفية ولما قدم الشافعي بغداد تبعه وصار من كبار أصحابه ، وروىٰ مذهبه القديم ، قال النووي : ومع كونه من أصحاب الشافعي وأحد تلامذته =

وابن شُبْرمة(١) : النصاب خمسة دراهم ، وقيل : هـٰذا مذهب **علي** .

ومذهب **الشافعي** أن النصاب ربعُ دينار ، ولم يعيّن الدراهمَ ، ومعتمد المذهب حديثُ(٢) عائشة ، وهو مذكور في الخلاف ، ولو سرق من الذهب الخالص ربعَ مثقال ، ولـٰكن كان لا يسوىٰ(٣) ربعَ دينار مضروب ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن القطع لا يجب ، وهو الأظهر ؛ فإن الوارد في الحديث ربعُ دينار ، والدينار اسم للمضروب [وبه](٤) الاعتبار .

ومن **أصحابنا** من قال : إذا سرق ربعَ مثقال من الذهب الخالص ، فلا سبيل إلىٰ تقويمه ؛ فإنه ليس جنسَ(٥) الدينار ، والأصح الأول ، وينبني علىٰ هـٰذا التردد أن من سرق خاتماً وزنه سدس مثقال ، وقيمته ربع دينار ، فكيف حكمه ؟ إن رددنا الاعتبار إلى الدينار ، فنوجب القطعَ ، ونعتقد الخاتم سلعة ، وإن لم نر تقويم الذهب بالدينار ، لم نوجب القطع لنقصان وزن المسروق عن الربع .

ولو سرق ثوباً وما في معناه ، فلا خلاف أن التقويم بربع دينار .

وقد يخطر للفطن أنا إذا أوجبنا القطع بربع مثقال من الذهب الإبريز ، وإن كانت

= والمنتفعين به والآخذين عنه والناقلين كتابه وأقواله فهو صاحب مذهب مستقل ، لا يُعد تفرده وجهاً في المذهب . ا .هـ توفي أبو ثور ببغداد سنة ٢٤٠هـ (ر . تهذيب الأسماء واللغات : ٢/ ٢٠٠ ، طبقات السبكي : ٢/ ٧٤ـ٨٠ ، طبقات الشيرازي : ٧٥ ، طبقات العبادي : ٢٢ ، تاريخ بغداد : ٦/ ٦٥ ، وفيات الأعيان : ١/ ٧ ، طبقات ابن كثير : ١/ ٩٨) .

(١) ابن شبرمة : عبد الله بن شُبْرُمة بن طُفيل الضَّبي ، القاضي ، فقيه الكوفة ، توفي سنة ١٤٤هـ (الجرح والتعديل : ٥/ ٨٢ ، سير أعلام النبلاء : ٦/ ٣٤٧ ، تهذيب التهذيب : ٥/ ٢٥٠) .

(٢) يشير إلىٰ حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تقطع يد السارق في رُبُع دينار » وهو متفق عليه ، وله ألفاظ عندهما (البخاري : الحدود ، باب قول الله تعالىٰ ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ ح٦٧٨٩ ، ٦٧٩٠ ، ٦٧٩١ ، مسلم : الحدود : باب حد السرقة ونصابها ، ح١٦٨٤ ، اللؤلؤ والمرجان ح ١٠٩٧) .

(٣) ت٤ : « لا يشتري بربع دينار » .

(٤) في النسختين : « فيه » .

(٥) في (ت٤) : « فإنه جنس الدينار » والمعنىٰ أنه يجب فيه القطعُ ؛ لأنه غير مقوّم في نفسه ، فنعتبر وزنه ، وإن كان لا يقوّم به . كذا قال الغزالي في البسيط : جـ ٥/ ورقة ١٢٢ يمين .

قيمته دون المضروب ، فنتخذ ذلك مرجعاً في اعتبار المالية ، وهـٰذا خبطٌ ؛ فإن التقويم لا يقع إلا بالمضروب والسبيكة لا ضبط لقيمتها ، وهي متقوّمة ، وما يتقوم لا يقوّم به ، ولست أنكر أن التقويم بربع دينار يوهن ذلك ، فليكن كذلك ، فإن الضعيف يضعف بالتفريع .

ولو كان المسروق عَرْضاً تبلغ قيمته بالاجتهاد ربعَ دينار ، فقد يوجب **الأصحاب** الحدّ ، والذي أرى القطع به أنه لا يجب ما لم يقطعوا بأن القيمة لا تنقص عن هـٰذا . والذي ذكره **الأصحاب** من اعتبار التقويم محمول عندي على الرجوع إلى المقومين ، ثم لهم اجتهادٌ وقطعٌ ، ولو قطع بذلك أقوام لا يُزكَّون[١] ، فلا إشكال ، ولو قطع بذلك [جماعة][٢] معدودون لا يبعد الزلل عليهم ، فهـٰذا فيه احتمال ؛ من جهة أن الشهادة على السرقة معرضة لهـٰذا ، وهي مقبولة ، والفرق إن أردناه أن شهود السرقة يُسندون شهادتهم إلى العِيان ، بخلاف أقوال المقوّمين ، فانتظم من هـٰذا [أنهم][٣] إذا ترددوا ـ وإن أجرَوْا عن غلبة الظنون ـ فلا قطع ، وإن قطعوا وكانوا عدداً لا يزكَّوْن ، وجب القطع . وإن/ قطع عدلان منهم ، ففيه التردد . ي ٦٧

وقد نجز القول في نصاب السرقة .

١١٠٨٨ـ فأما الكلام في المسروق ، **قال[٤] الشافعي** : « **إن عثمان رحمه الله قطع في أُترجَّة قيمتها ثلاثةُ دراهم من صرف اثني عشر درهماً بدينار . . . إلىٰ آخره** »[٥] .

القطع يتعلق بكل مملوك تام الملك ، ولا نظر إلىٰ تعرضه للفساد ، ولا إلىٰ أصله ، فيتعلق القطع بالفواكه الرطبة ، خلافاً **لأبي حنيفة** ويتعلق بالمملوكات التي أصلها الإباحة كالصيود والخشب والحشائش ، وما في معانيها ، خلافاً **لأبي**

---

(١) كذا في النسختين : « يزكَّون » والمعنىٰ أنهم معروفون بالعدالة لا يحتاجون إلىٰ تزكية ، ثم هم عددٌ يبعُد منهم الزلل .
(٢) زيادة من (ت٤) .
(٣) زيادة من (ت٤) .
(٤) جواب أما بدون الفاء .
(٥) ر . المختصر : ٥/١٦٩ .

حنيفة[١] في خبط ومناقضات ، وتعويلُ المذهب علىٰ تحقيق الملك في الحال ، ولسنا نلتزم الكلام في الأشياء الموقوفة ، وما يَضعُف الملك فيه ، وما يتطرّق إليه الشبهات ، كأموال بعض الناس في حقوق البعض ، وكأموال بيت المال ، وإنما غرضنا الكلام على الأجناس ، وتلك الفصول ستأتي في مواضعها ، إن شاء الله عز وجل .

١١٠٨٩ـ فأما الكلام في الحرز ، قال **الشافعي** : « **وجملة الحرز أن ينظر إلى المسروق . . . إلىٰ آخره** »[٢] .

هـٰذا الفصل مما يجب الاهتمام بضبطه ؛ فإنه القطب الأعظم في الكتاب ، وليس فيه ضبطٌ توقيفي ، ولا معنىً يدركه قياسٌ جلي . فنقول : السرقة إخراج مالٍ مصون بحرز مثله عن حرزه ، ووضع الشرع علىٰ أن يستفرغ المالك الوُسعَ في صون ماله ، ثم إذا كان كذلك ، والسراق لا يرجعون إلىٰ شوكة وعُدة ، وإنما مبنىٰ أمرهم على الاختزال فيبعد أن يُؤْثروا التهجم على الحرز ، والتعرض للخطر لمقدارٍ نزر تافه ، وإذا عظم قدرُ المال ، فقد ينتهض ذوو العرامة للتعلق بأسباب الاحتيال ومصادمة الأغرار ، فرَدَعَهم الشرع بشَرْع القطع ، ثم الحرز لا يتصور ضبطه بتوقيفٍ ، فورد مطلقاً محمولاً علىٰ ما يعد حرزاً ، ويعد صاحبه غير مضيع ، ثم النهايات ليست مرعية .

فانتظم من ذلك أن ما يعدّه الناس حرزاً ، فهو حرز في الشرع ، وما لا فلا ، ويترتب علىٰ هـٰذا اختلاف الاحتراز باختلاف أجناس[٣] الأموال ؛ فإن أعيان الدراهم والدنانير تعدّ ضائعة في عرصات الدور ، بخلاف/ المفارش والأواني ، وذلك في التحقيق يخرّج على القاعدة ؛ فإن الدراهم إذا لم تكن في المخازن تشوّفَ إليها طالبوها ، بخلاف ما يثقل محمله ، أو تقل قيمته ، ولذلك اطردت العادة بالإحراز بالمخازن . ٦٧ ش

والاصطبل حرز الدواب علىٰ نفاستها ، وقد لا نراه حرز الثوب ؛ من جهة أن

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢٧٢ ، رؤوس المسائل : ٤٩٢ مسألة ٣٥٦ ، الهداية : ٢/ ٤١٠ .
(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٦٩ .
(٣) ت٤ : « الأجناس » .

إخراج الدواب [منها][(١)] يظهر ، ويبعد الاستجراء عليه ، وما يخف محمله بخلافه ؛ فانبنت الأمور على الرجوع إلى العادة ، وما يعد فيها صوناً ، وما لا يعد صوناً ، وبان أنا لا نشترط أقصى الإمكان ، ولا نكتفي بما يكون حرزاً للمال على الجملة .

١١٠٩٠ـ ثم جماع القول في الحرز ـ إذا رمنا التفصيل ـ لا يخرج عن سببين : **أحدهما** ـ التعويل على اللَّحْظ والمراقبة ، وقد يداخله مراعاة المعنى الآخر . **والثاني** ـ التعويل على الحصانة والوثاقة ، ولا بد أن يداخله اعتبار الملاحظة ، فأما ما يعتمد النظر والمراقبة ، فله **شرطان** : **أحدهما** ـ ألا يكون اللاحظ المراقب مستضعفاً ، **والآخر** ـ أن يكون الملحوظ بحيث لا يطرقه جمعٌ يعسر المراقبة معهم بسبب مزدحمهم ، وبيان ذلك أن من كان في الصحراء لا يعد ضائعاً فيها لقرب الغوث منه إن[(٢)] قُصد ، فإذا كان يلحظ متاعاً ، فهو محرز باللحظ ، وهو على التحقيق مصون بالمنعة والقوة وإمكانِ الاستنجاد ، ولٰكن من ضرورة ذلك اللحظ .

فأما إذا وضع متاعه في مسجد يكثر فيه المختلفون ، أو في شارع يكثر فيه الطارقون ، فهٰذا مختلف ، فإن انفرد بالملاحظة ، ثم فرضت السرقة ، ففي المسألة **وجهان** : **أصحهما** ـ أن المال ضائع ، **والثاني** ـ أنه محفوظ ؛ لأنه ملحوظ ، ولٰكن لا ينكر مسيس حاجة اللاحظ إلىٰ مزيد إدامة في اللحظ ، وليس هٰذا الخلاف من كون المحل مشتركاً ؛ فإن عماد هٰذا النوع من الحرز اللحظُ ، لا المكان ، فلا أثر لكون المكان[(٣)] مشتركاً ، فإنما ينشأ الخلاف من قصور اللحظ في الضبط مع ازدحام الطارقين .

ولو فرض وضع المتاع في شارع ، ولم يختص باللحظ صاحب المتاع ، ولٰكن كان المتاع ملحوظاً[(٤)] بلحظ جمع/ من اللاحظين ، يتعاونون علىٰ صيانة الأمتعة ، فإذا كان كذلك ، صار عدد اللاحظين في معارضة الطارقين ، كلاحظٍ في الصحراء في ي٦٨

(١) في النسختين : فيما .
(٢) ساقط من (ت٤) .
(٣) ت٤ : « المال » .
(٤) ت٤ : « محوطاً » .

معارضة طارق ، ولهٰذا قال **الأصحاب** : الأمتعة ليلاً يبعد صونها باللحظ إلا في المواسم التي يتعاون فيها ملاك الأمتعة على التلاحظ .

ومما يتعلق بهٰذا أن المتاع الملحوظ في الصحراء لو نام صاحبه ، فهو ضائع ؛ فإن عماد صونه اللحظ ، وقد انقطع بالنوم ، ولو استدبره أو ذهل ذهولاً ظاهراً يقطع مثلُه اللحظ ، فكذلك . ولٰكن لا يتصور أن يُسرقَ المتاعُ إلا بموافقة رعاية السارق للفرص وتطبيقِه رعايتَه علىٰ فترات(١) لطيفة للآحظ ، [فإذا](٢) جرت السرقة ، أوجبت الحدّ ؛ فإن هجوم الآخذ علىٰ ما يتخيله من [فترة](٣) كهجومه على الحرز ، فيما(٤) يقرّبه [من الغرور](٥) وقد يزلّ [في تخيله الفترة](٦) وقد يعود اللّحظ في [الأثناء](٧) ، وهو غالب ، والقدر الذي ذكرناه كافٍ في تأصيل هٰذا الطرف .

١١٠٩١ـ فأما الحرز الذي عماده حصانة البقعة ، وعُسْرُ الوصول منها إلى المال المصون بها ، فالرجوع فيه إلى العادة ، والدور الموثقة بالأغلاق والأبواب أحراز ، وكذلك الحوانيت التي تعد حصينة ، ثم لا تستقل الأبنية بالأحراز ما لم تكن علىٰ حظوظٍ من المراقبة ، علىٰ موجب العادة .

وبيان ذلك أن الدار وإن كانت حصينة لو فرضت في قريةٍ ، وفرض انجلاء أهلها ، فالدار بما فيها ضائعة ، وذلك أن التسبب إلى التسلق بالسلالم والاستمكان من [النقْب](٨) حيث لا مراقب مبطلٌ معنى الحرز ، حتىٰ لا يفرض حرز مستقل بنفسه ، إلا إذا تكلفنا تصوير قلعة متعلّقة بقُلّة جبل لا طريق إليها ، ولا طروق عليها ، وهٰذا يعسر ، فإن صاحبها لا بد أن يقدر على الوصول إليها ، فإذا لم تكن مرقوبةً ، يتيسر

---

(١) فترات : من الفتور وعدم الانتباه .
(٢) في النسختين : وإذا .
(٣) في الأصل : « من قوة » .
(٤) عبارة (ت٤) : « فما أقربه من الغرر » .
(٥) زيادة من (ت٤) .
(٦) في الأصل : « في تخيله في القوة » .
(٧) في الأصل : « الأثبات » .
(٨) في الأصل : « البيت » .

إعداد مثل العُدد التي للمالك في التوصل إليها .

وقال **الأئمة** : الدار الخالية في طرف البلد ضائعة ، فإنها لا تكون منوطة بمراقب ، وإذا كانت محفوفة بدورٍ يقطنها سكان ، فهي حرز مصون ، والدكاكين البادية في الأسواق ضائعة إذا لم تكن ملحوظة من الحراس أو الملاك/ . ش ٦٨

ثم قال **الأئمة** : إذا كان صاحب الدار في الدار والأغلاق وثيقةٌ ، فما في الدار مُحْرَز ، وإن نام المالك ؛ فإن الغالب أنه يتنبه بالأسباب التي يقدمها السارق للوصول إلىٰ داخل الحرز .

وإن لم يكن الباب مغلقاً ونام ، نُظر : فإن كان ليلاً ، فالدار ضائعة إذا لم تكن محروسة بالحراس ، ومن في معانيهم ، وإذا كان كذلك ، فيرجع الحرزُ إلى اللَّحْظ ، وإن فرض ذلك نهاراً ، فالغالب أن الشارع يطرقه الطارقون ، فإذا نام صاحب الدار نهاراً ، والباب مفتوح ، ذكر **الأصحاب وجهين** في ذلك ، وذكر **الشيخ أبو علي** نسقاً آخر ، فقال : إذا كان باب الدار مفتوحاً ، وصاحب الدار فيها يَلْحظ متاعَه ، فتغفّله سارقٌ فدخل وسرق ، ففي وجوب القطع وجهان ، وذكر في ذلك جوابين **للقفال** في درسين ، وعلينا أن ننبه علىٰ بيان كل مسلك .

فأما من ذكر وجهين في النائم فيهما فيه إذا كان باب الدار لافظاً في شارع مطروق ، فقد يتخيل الاكتفاء في الصون بالطارقين ، وتوسط الدور ، والأحراز مهيبةٌ في حق السراق ، فإن لم يكن باب الدار مطروقاً ، وقد نام صاحب المتاع ، والباب مفتوح ، فلا خلاف أنه ضائع ، وما قطعنا به من نوم صاحب المتاع في الصحراء وجهه يبين به ، وسبيل الفرق واضح .

وأما ما ذكره **الشيخ أبو علي** من الوجهين في يقظة صاحب الدار ، فطريقه أن من يكون متيقظاً في دار نفسه فمعظم اعتماده على الدار ، لا على اللحظ ، وعماد الكائن في الصحراء اللحظُ ، فإذا فرض تغفل في الدار ، فسبب التردد [فيه][1] ظهور الفتور في اللَّحظ ، حتىٰ لو فرض في الدار من اللحظ ما لو فرض في الصحراء ، لكان حرزاً ، فلا

---

(١) زيادة من (ت٤) .

شك أن المال مُحْرزٌ ؛ فإن اللحظ كاللحظ ، والدار إن لم تزد حرزاً لا تنقص عن الصحراء . نعم ، إن قال السارق : كان صاحب المتاع [لاَ يحُدّ][1] في اللحظ حدَّ صاحب الصحراء ، فقد يضطرب الرأي في المصدَّق .

ولعلنا نذكر طرفاً من هـٰذا في الفروع ، فإذاً ما حكيناه من النوم والخلاف فيه محمله التعويل علىٰ طروق الطارقين ، وما ذكرناه من التردد في يقظة صاحب الدار محمول على اعتبار ترك الحدّ في اللحظ .

ولو فتح الفاتحُ البابَ للدار ، وأذن/ للناس في الدخول لتجارة ، أو غيرها من الأغراض ، حتىٰ صارت الدار محلاً لازدحام الداخلين ، فاللحظ في مثل هـٰذه الحالة بمثابة اللحظ في الشوارع والمساجد ، وقد مضىٰ تقسيمها وتفصيلها ، ولا نظر إلىٰ كون [الدار مملوكة لصاحب المتاع ، ولا إلىٰ كون][2] المسجد والشارعِ مشتركين ، وما ذكرناه ليس متلقىٰ من إذنه ، إذ لو دخل داره جمعٌ بغير إذنه ، فالكلام في حفظ المتاع علىٰ ما ذكرناه . ٦٩ ي

هـٰذا منتهىٰ تأصيل الأحراز وتمهيدها ، وفي هـٰذا القدر مَقْنع ، ولـٰكنا نذكر مسائلَ (**السواد**)[3] ونُخرِّجها علىٰ ما مهدناه ونرسُم الفصولَ على المعتاد في أمثالها .

فَصْلٌ

قال : « وإن كان يقود قطار إبل . . . إلىٰ آخره »[4] .

١١٠٩٢ـ من كان يقود قطاراً من الإبل ـ وقيل أكثرها [سبعة][5] ـ قال **الأئمة** القطار

---

(١) في الأصل : « لا يعد » . ويحُد من الحد والقوة . والمعنىٰ لا ينتبه انتباه صاحب الصحراء .
(٢) ما بين المعقفين زيادة من (ت٤) .
(٣) في النسختين : « الشواذ » . والسواد هو مختصر المزني ، كما نبهنا كثيراً .
(٤) ر . المختصر : ٥/ ١٦٩ .
(٥) في البسيط والشرح الكبير « تسعة » ، وهي كذلك في الوسيط ، ووجدنا ابن الصلاح في مشكل الوسيط يقول : « في بعض النسخ بالتاء المثناة في أوله ، والصحيح : سبعة بالباء الموحدة ، وعليه العرف » (ر . مشكل الوسيط ، بهامش الوسيط المطبوع : ٦/ ٤٦٩) . والمراد بالعرف **عرفُ الجمّالين في قَطْر الجمال** . فانظر عناية أئمتنا بالتدقيق والتحقيق .

محرز بالقائد ، إذا كان الإبل تمشي على استدادٍ[١] ، ولو كان يدور في منحرف الطريق ، فالذي يغيب عن عين القائد لو التفت ليس محرزاً . وقال **أبو حنيفة**[٢] : إن قادها ، فالمُحْرز هو البعير الأول ، وإن ساقها ، فالجميع محرز به . وإن ركب واحداً ، فمركوبه وما أمامه وواحد من ورائه محرزٌ به ، وهـٰذا المذهب منتظم .

والذي أطلق **أصحابنا** فيه إشكال ، وأنا أعلم قطعاً أنه مُنزَّل علىٰ ما سأذكره ، فإن [كان][٣] القائد لا يلتفت إلى القطار ، [وكان يُمشي][٤] الإبلَ في مكانٍ خالٍ ، فلا يتحقق الصَّوْنُ إلا في البعير المقود ، وإنما قال **أصحابنا** ما قالوه فيه إذا كان يقود القطارَ في سوق آهلٍ ، فالإبل مصونة بأعين اللاحظين ، ولو فرض ازورار في السوق نفسه ، فالإبل مصونة باللحظ أيضاً . وإن فرض استتار بعض القطار بسكةٍ لا لاحِظَ فيها ، فذاك ضائع حينئذ ، ولا يجوز أن يعتقد الأمر إلا كذلك ، وليس ما جئنا به مخالفاً لما ذكره **الأصحاب** ، ولـٰكنه بيان له ، وبالجملة الإبل مصونة باللحظ ، وقد مهدنا فيه ما فيه مَقْنع .

* * *

[ثم قال][٥] : « إن أناخها حيث ينظر إليها . . . إلىٰ آخره »[٦] .

١١٠٩٣ـ ذكرنا النظر في الصحراء ، ولا معنىٰ لتكثير الصور .

والأغنام الملحوظة من الراعي إذا كان نظره متصلاً مصونةٌ ، وإن انسرح طرفه ، ثم أعرض في زمن لا يتصور أن يلحق مثله لاحق ، فالأغنام مصونة باللحظ الأول .

* * *

---

(١) استداد : أي استقامة .
(٢) ر . فتح القدير : ٥/١٥١ .
(٣) زيادة من (ت٤) .
(٤) في الأصل : « كالذي يجري » .
(٥) زيادة من (ت٤) .
(٦) ر . المختصر : ٥/١٦٩ .

ثم قال : « **ولو ضرب فسطاطاً . . . إلىٰ آخره** »[١] .

١١٠٩٤ـ الأخبيةُ والخيام ليست أحرازاً في نفسها ، والتعويل فيها وفيما تحويه على اللحظ/ والمراقبة ، وقد سبق التحقيق فيما عماده اللحظ ، وقد يطرأ في ذلك تنضيد ٦٩ ش الأمتعة والاستيثاق فيها بضوابط الحبال ، وليس ذلك لاعتقاد كون الربط حرزاً ، ولٰكن قد يؤثر الربط في ترك نهاية الحدّ[٢] في اللحظ ، وما عندي أن من أحاط بما ذكرناه يخفىٰ عليه خافية في الأحراز ، والخيمةُ في نفسها لو سُرقت ، فهو متاع ملحوظ ، وقد تقدم التفصيل فيه .

وإذا كانت الإبل والبهائم مصونة باللحظ ، فأحمالها مصونة باللحظ ، وقد انتجز القول في الأحراز تأصيلاً وتفصيلاً .

* * *

١١٠٩٥ـ ونحن نفتتح الآن القولَ في معنى السرقة وكيفيةِ الإخراج من الحرز ، [ويتصل به][٣] هتكُ الأحراز ، انفراداً واشتراكاً ، فنحن نذكر هتكَ الحرز ، وما يتصل به ، ثم نذكر الإخراج من الحرز ، فنقول :

من انفرد بنقب الحرز ، ثم دخل وأخرج نصاباً ، فهو سارق مستوجبٌ للحد ، وفي ذلك ما يجب التنبه له ، فإنه لما نقب ، وقد خرج الموضع عن كونه حرزاً ، والكلام فيما عماده التحصين ، فجرىٰ إخراجه عما ليس حرزاً ، وكان لا يمتنع من طريق المعنىٰ ألا يستوجبَ القطعَ ؛ لأنه أبطل الحرز ، ثم أخذ مالاً ضائعاً ، ولٰكن أجمع العلماء علىٰ وجوب الحدّ إذا اتصل الإخراج بالنَّقب ؛ فإن أفعاله المتواصلة في حكم الفعل الواحد ، وأثبتنا هٰذه المسائل على العادة ، ومن وصفناه يعدّ سارقاً من حرزٍ ، ولا ينسب صاحب الحرز والمتاع إلىٰ تضييعٍ .

ولو نقب الحرزَ ومرّ ، وعاد بعد ليلة أو ليالٍ ، ودخل من فتح النقب وأخرج ،

---

(١) ر . المختصر : ٥/١٦٩ .

(٢) « الحد » : الحدة والقوة .

(٣) في الأصل : « وما يتصل به » .

فإخراجه الآن منقطع عن هتكه الحرز ، فإن شعر صاحب الحرز بالنقب ، فقد ضيع الدار وما فيها[١] ، ولو لم يشعر ، أو نقب السارق ، ورد لَبِنَه[٢] بحيث لا يظهر النقب ، وعزم علىٰ أن يعود في الليلة القابلة ، ويدخل من النقب الذي يُعده ولا شعور [ولا تقصير][٣] ، فهـٰذا محتمل جداً ، فإن نظرنا إلىٰ تواصل الأفعال ، فقد انفصل الدخول والإخراج عن الهتك ، وإن نظرنا إلىٰ حكم الاعتياد ، فالأمر الكلي لا يوضّح فصلاً بين أن يتصل الإخراج بالنقب ، وبين أن ينفصل [علىٰ][٤] الحد الذي صورناه .

١١٠٩٦ـ ولو حضر الحرز رجلان ، فنقب أحدهما ، وانفرد بالنقب ، وأخرج الثاني المتاعَ ، أما الناقب/ ، فلا قطع عليه عندنا ؛ لأنه ليس سارقاً ، **وأبو حنيفة**[٥] يوجب القطع عليه بعلة كونه رِدْءاً وعوناً للسارق ، وأما من أخرج المتاع ، فالذي قطع به **المراوزة** أنه لا قطع عليه ، فإنه أخرج المتاع من حرز مهتوك . ي ٧٠

وذكر **العراقيون وجهين في وجوب الحد عليه** : **أحدهما** ـ ما ذكرناه ، **والثاني** ـ أن الحد يلزمه ، كما لو نقب بنفسه ، وأخرج ، وهـٰذا يتأكد بالقاعدة الكلية ؛ فإن الحدَّ شُرع زاجراً ، ولو كان النقب من واحدٍ ، والإخراجُ من آخرَ غيرَ موجب للقطع ، لصار هـٰذا ذريعةً هيّنة ليست في حكم النوادر ، ولا في حكم الأمور العسرة ، **والشافعي** لا يحتمل أمثالَ هـٰذه الذرائع إذا كانت تصادم القواعد الكلية .

ولو اشترك رجلان على النقب ودخلا الحرزَ ، واشتركا في الإخراج ، فقد قطع **الأصحاب** بوجوب القطع عليهما ، إذا كان المخرج نصابين ، كما سنصف هـٰذا الفنَّ من بعدُ ، إن شاء الله ، واشتراكهما في الإخراج بمثابة انفراد الرجل الواحد بالنقب والإخراج .

---

(١) أي إذا أهمل إصلاح النقب وتركه ، كما عبّر بذلك العز بن عبد السلام .
(٢) لبنه : جمع لبنة . والمراد اللبن الذي أخرجه بالنقب .
(٣) في الأصل : « ولا تقسيم » ، وفي (ت٤) انمحت عدة أسطر ، والمثبت من المحقق ، والمعنىٰ : لا شعور ولا تقصير من المالك .
(٤) في الأصل : « عن » ، ومطموسة في (ت٤) .
(٥) ر . رؤوس المسائل : ٥٠١ مسألة ٣٦٤ ، المبسوط : ١٩٨/٩ .

ولو اشتركا في النقب ، ثم انفرد أحدهما بالدخول والإخراج ، فالقطع يجب علىٰ هـٰذا المنفرد بالإخراج وجهاً واحداً لمشاركته بالنقب ، فصار كأنه انفرد بالنقب والإخراج .

ورأيت في بعض التعاليق عن شيخي وجهين في أنهما إذا اشتركا في النقب وانفرد أحدهما بالدخول والإخراج هل يجب القطع عليه[1] ؟

ولا شك أنه لا قطع على الذي لم يشارك في الإخراج ، وإنما شارك في النقب ، والوجهُ القطع بإيجاب الحد علىٰ من أخرج منهما ، فإن النقب إذا وقع بهما كان كل واحد منهما كالمنفرد بجميع النقب ؛ بدليل أنهما لو اشتركا في النقب والإخراج قُطِع[2] ، فلا تعويل علىٰ ما حكيته عن بعض التعاليق .

١١٠٩٧ـ وتمام البيان في هـٰذا الفن أنا إذا ذكرنا الاشتراك في قطع اليد في باب القصاص تناهينا في التصوير ، وصورنا تحاملاً منهما علىٰ حديدةٍ واحدةٍ ، حتىٰ لو قطع أحدهما/ من جانب وقطع الآخر من الجانب الآخر والتقت الحديدتان ، فليس ذلك اشتراكاً في القطع ، ولـٰكن انفرد كل واحدٍ منهما بقطع بعض اليد . ٧٠ ش

وإنما جدَّدنا[3] ذكر هـٰذا لنفْصله عن الاشتراك في النقب ، فلا يشترط في تصوير الاشتراك في النقب أن يأخذَا آلةً واحدة ، ولـٰكن لو كان أحدهما يخرج لبنة والآخر أخرىٰ ، حتى استتما التنفيذ ، فهما مشتركان ؛ فإنا لا ننكر أن المرعي في هـٰذا الباب التعاون على النقب ، ولا تشتدّ عناية الفقيه هاهنا بتصوير[4] الاشتراك ؛ فإن النقب

---

(١) عليه : أي على المخرج . وهـٰذا وجه مزيف ، والأصح وجوب القطع . صرح بذلك الرافعي نقلاً عن الإمام (ر . الشرح الكبير : ١١/ ٢١٣) .

(٢) قُطِع : أي المخرج ، ووجه الاستدلال أنه إذا كان يقطع وقد اشترك في النقب والإخراج ، فلأن يُقطع وقد اشترك في النقب وانفرد بالإخراج أولىٰ .

(٣) في الأصل : « حددنا » (بوضع علامة الإهمال تحت الجيم) .

(٤) من هنا انمحت أجزاء كثيرة من صفحات نسخة (ت٤) تكاد في بعض الصفحات لا تجد كلمة مقروءة ، وفي بعضها يذهب المحو بهـٰذا الجانب أو ذاك ، وواضح أنه من أثر بللٍ خطير أصاب النسخة ، وسنحاول أن نستفيد من مقابلة ما يمكن مقابلته ، كلمة كانت أو سطراً .

ذريعةٌ إلى المقصود ، وليس عينَ السرقة ، والفقيه من يطبق صور الأصول علىٰ أقدار الأغراض فيها .

ومن اعتبار التعاون صار **أبو حنيفة** إلىٰ إيجاب القطع على الردء ، وفي **بعض التصانيف** أنا نشترط في النقب حقيقةَ الاشتراك على النسق الذي ذكرناه في الاشتراك في قطع اليد ، وهـٰذا ضعيف ، ثم مقتضاه أنهما إذا تعاونا وكان هـٰذا يخرج لبنة وذاك أخرىٰ ، فلا قطع علىٰ واحدٍ منهما ، وكأنهما صادفا الحرز منقوباً .

١١٠٩٨ـ ولو اشترك الرجلان في النقب كما ذكرناه ، ثم دخل أحدهما الحرز ووضع المتاع في وسط النقب ، وأخذه الآخر من حيث وضعه الداخل ، ففي المسألة **قولان مشهوران** : **أحدهما** ـ أنه لا قطع علىٰ واحدٍ منهما ؛ فإن الداخل لم يتمم الإخراج ، والخارج الآخذ لم يأخذ من حرز تام . **والقول الثاني** ـ أنه يجب القطع عليهما ؛ لاشتراكهما في الإخراج . وقطع **الصيدلاني** بنفي القطع عنهما ، وزعم أن كل واحدٍ منهما يسمىٰ **السارقَ اللطيف** .

وإن كانت المسألة بحالها ، وأخرج الداخل يده [بالمتاع][1] في النقب إلىٰ خارج ، فأخذه الخارج الواقف ، وجب على الداخل دون الخارج .

ولو قرّب الداخل المتاع من النقب ، وهو في حدّ الدار أو البيت ، لم يُخرج يده من النقب ، فأدخل الخارج يده وأخرج المتاع ، فالقطع على الخارج ؛ فإنه تناول المسروق وهو في حد/ الحرز ، فأخرجه منه . ي ٧١

هـٰذا تفصيل القول في هتك الحرز على الانفراد والاشتراك ، مع صدور الشركة من الناقب أو من غيره .

١١٠٩٩ـ ونحن الآن نذكر التفصيل في السرقة ، ومعنىٰ إخراج الشيء من الحرز : فإذا دخل السارق الحرز وأخرج المسروق . فهـٰذه سرقة ، وإن لم يدخل الحرز ، وألقىٰ في الدار محجناً فتعلق به إناء أو ثوب ، فأخرجه من الحرز ، وجب القطع ؛ فإن الإخراج من الحرز قد تحقق ، فلا أثر لدخول السارق وخروجه ، ولو دخل الحرز ،

(١) في الأصل : « من المتاع » .

ورمى المتاع إلىٰ خارج الحرز ؛ فإن خرج وأخذه ، فالذي صدر منه سرقة على التحقيق ، وإن رمى المتاع إلىٰ خارج ، ولم يأخذه وتركه حتىٰ ضاع ، أو أخذه آخذ آخر ، أو اطلع عليه صاحبه ، فأخذه ، فالمذهب وجوب القطع علىٰ هـٰذا ؛ فإنه بإلقائه قد أخرج المتاع من الحرز .

وقال **أبو حنيفة**[1] : لا يجب القطع على الملقي إذا لم يأخذ ما ألقاه ، أو لم يأخذه مُعينه وردؤه ، وفي **بعض التصانيف** وجهٌ أنه لا قطع على الملقي إذا لم يأخذه ، وهـٰذا بعيد ، لا أعتد به ، ولو فرعنا عليه ، فألقاه إلىٰ خارج الحرز ، فأخذه صاحبه ومُعينه ، فالوجه أنه لا يجب القطع على الملقي إذا كنا نعتبر أخذَه ، ويجوز أن يقال : إذا أخذه الواقف خارج الحرز بإذنه ، فهـٰذا كافٍ في إتمام مقصوده علىٰ هـٰذا الوجه الضعيف الذي نفرع عليه ، ولا أصل لهـٰذا الوجه .

ولو وقف خارجَ الحرز وأرسل محجنه ، فعلق بطرف منديلٍ ، فأخرج ذلك الطرف ، ثم تركه ولم يفصله ، ولم يخرج كله ؛ إذ شُعر به مثلاً ، فالذي وجدته **للأصحاب** أن هـٰذا ليس بإخراج ، وإن كان القدر البارز لو فصل ، لكان نصاباً ؛ فإن هـٰذا لا يسمىٰ إخراجاً من الحرز . والعلم عند الله .

ولو فتح أسفل كُندوج[2] ، فاندفع ما فيه ، فالمذهب الأصح أن الخارج إذا بلغ نصاباً ، وجب القطع علىٰ فاتح الكندوج ، وذهب **بعض أصحابنا** إلىٰ أن ما انفصل وخرج لا يضاف إلىٰ إخراج الفاتح ؛ فإن هـٰذا تسبّبٌ وليس إخراجاً حقيقةً ، وهـٰذا ضعيف ، لا أصل له ، والوجه القطع بوجوب الحد ؛ لأنه المخرِج في الإطلاق ، ولولاه ، لما خرج من الكندوج شيء .

١١١٠٠ـ ولو كان/ في الحرز بهيمة فوضع عليها المتاع ، نظر : فإن استاقها بسَوْقه إياها ، فهـٰذا إخراج من الحرز يتعلق القطع به ، ولا نظر والحالة هـٰذه إلىٰ أن يتصل ٧١ ش

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢٧٣ ، الهداية : ٢/ ٤١٥ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ١٥١ .

(٢) الكُندوج معرب كندوك . وهو شبه مخزن من تراب أو خشب ، توضع فيه الحنطة ونحوها . (ر . معجم الألفاظ الفارسية المعربة) .

خروج الدابة أو ينفصل ، فإذا افتتح سَوْقَها وأخرجها ، فهو مخرِج للدابة وما عليها ، وإن وضع الحمل على الدابة ، ولم يسُقها ، فسارت الدابة بنفسها ، وخرجت من الحرز بما عليها ، **فللأصحاب طرق** : **منهم** من قطع بأن واضع الحمل عليها ليس سارقاً ؛ من جهة أن البهيمة ذات اختيار ، وقد انفصلت بنفسها .

وقال العراقيون : إن تراخىٰ مسيرُها عن وضع الحمل عليها ، ثم افتتحت المسير ، فلا حدّ ، والإخراج غير مضافٍ إلى السارق ، وإن خرجت الدابة على الاتصال بوضع الحمل عليها ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن الإخراج مضاف إلى الرجل ، كما لو ساقها ، **والثاني** ـ أنه ليس مضافاً إليه ، بل هو مضاف إلى اختيار البهيمة .

وذكر بعض الأصحاب مسلكاً آخر ، فقال : إذا اتصل مسيرُها بوضع الحمل عليها ، فالرجل منتسب إلى الإخراج ، وإن [تراخت][1] البهيمة ، ثم سارت ، فوجهان .

وحقيقة هـٰذا يُحْوِج إلىٰ تجديد العهد بمسألة فتح القفص عن الطائر مع تصوير الطيران ، وحاصل ما ذُكر ثَمَّ في إيجاب الضمان **ثلاثة أقوال** : **أحدها** ـ أنه لا يجب الضمان أصلاً ، اتصل الطيران أو انفصل ، **والثاني** ـ يجب الضمان اتصل أو انفصل ، **والقول الثالث** ـ أنه إن اتصل الطيران وجب الضمان ، وإن تراخىٰ ، لم يجب .

فالآن نقول : في مسألة الحمل على الدابة ومسيرها ، وتحقيق **السرقة** من الرجل **طريقان للأصحاب** : **منهم من نزل** هـٰذا الحكمَ المطلوبَ منزلة الضمان في مسألة **الطيران** حتىٰ يخرج الأقوال الثلاثة ، وتقريب القول فيه أن فتح القفص يُهيج الطائر والحمل على البهيمة والأرباط يَهِيجُها للسير ، فقد تساوى المأخذان .

ومن أصحابنا من قطع فيما نحن فيه بنفي السرقة ، وإن تردد القول في مسألة الطائر في الضمان ، والسبب فيه أن التسبب مضمَّنٌ في الغصوب والإتلافات ، والسرقة تعاطي الإخراج بالنفس ، وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق مع اختيار البهيمة . ولو فصل فاصل بين بهيمة مطمئنة لا نِفارَ بها ، وبين بهيمة ذاتِ نِفار ، لكان هـٰذا وجهاً في الاحتمال ،

(١) مطموسة في الأصل ، وما زلنا في السطور التي انمحت من (ت٤) .

وهـٰذا الفرق يمكن إجراؤه/ في فتح القفص وحل الرباط عن طائر أليفة أنيسة[١] ، فإنها ٧٢ ي إذا كانت مطمئنّة ، فاختيارها الغالب ، وإذا كانت نفورة ، فقد يتجه الحمل على التنفير بفتح باب القفص ، وحل الرباط .

١١١٠١ـ ولو دخل السارق الحرز وفيه ماءٌ جارٍ ، فوضع المتاع عليه حتىٰ خرج به من الحرز ، فالذي أطلقه **الأصحاب** أن هـٰذا إخراج من الحرز ؛ إذ الماء لا اختيار له في جريانه والملقَىٰ عليه يخرج معه لا محالة .

فإن قيل : إذا شرطتم تولِّي الإخراج وأنكرتم حصول السرقة بالسبب ، فلم تجعلوه سارقاً ، وهو متسبب ، قلنا : السبب الظاهر يُلْحق بالمباشرة فيما يبنىٰ على المباشرة ، ولذلك يجب القصاص على المكرِه ، كما يجب على المباشر ، فإذا لم يكن للماء اختيارٌ ، فالتسبب والمباشرة لفظان يؤديان إلى التعلق بما يحصّل الخروج لا محالة من غير أن يعزىٰ إلى اختيار غير السارق .

وقد يرد علىٰ هـٰذا أنا إذا قلنا : من فتح كندوجاً أو دِناً ، فانثال وسال منهما ما يبلغ نصاباً ، فلا قطع من جهة التسبب ، [فيتجه][٢] لا محالة أن نقول علىٰ هـٰذا القياس : لا قطع على السارق إذا وضع المتاع في الماء ، فإن صح ذلك الوجه في الكندوج ، تعيّن مثله في الماء .

والوجه القطع بما قطع **الأصحاب** به في الماء ، والاستدلالُ به في تضعيف الوجه المحكي في الكندوج .

١١١٠٢ـ ولو دخل السارق الحرز وأكل من الطعام ما بلغ نصاباً ، وخرج ، فلا قطع ؛ فإنه أتلف في الحرز ما أكله ، ولم يخرجه .

ولو تعاطىٰ دُرّة ، فبلعها ، وخرج فحاصل ما ذكره **الأصحاب ثلاثة أوجه : أحدها ـ** أنه مخرج للدّرّة سارق لها ، وهـٰذا هو الصحيح ، بخلاف الطعام ، فإنه يفسد كما[٣]

(١) كذا . تأنيث صفة الطائر ، وإعادة الضمير عليه مؤنثاً .
(٢) في الأصل : « متجه » . والمثبت من (ت٤) .
(٣) كما : بمعنىٰ عندما .

غاب عن الفم ، والدرّة لا تفسد . **والوجه الثاني ـ** أنه لا يكون سارقاً ؛ فإن ما بلعه الإنسان لا يدري إلىٰ ما يؤول إليه ، فقد أتلف الدرّة إذاً . **والوجه الثالث ـ** أنه إن خرج وخرجت الدّرةُ منه ، فهو مخرجِ لها سارق ، وإن لم تخرج ، فلا نجعله سارقاً ، فإنما نتبين أنها/ فسدت وانمحقت . ش ٧٢

١١١٠٣ـ ومما يتعلق بما نحن فيه أنه لو دخل الحرزَ وفيها شياه ؛ فأخذ شاةً لا تبلغ نصاباً فتبعها شاة ، وهي بمجموعها تبلغ نصاباً ويزيد ، فقد قال **الشيخ أبو علي** : إن كانت الشاة بحيث تتبع هـٰذه الشاة إما لكونها أماً لها وهي سِخال ، أو لكونها هادياً في القطيع ، فيجب القطع . وإن لم يكن الأمر كذلك ، ولـٰكن اتفق خروجها مع تيك الشاة ، فلا قطع .

وهـٰذا الذي ذكره كلام مبهم والرأي عندنا تخريجها علىٰ مسألة الحمل على الدابة ومسيرها ؛ فإن هـٰذه الحيوانات مختارة على الجملة ، ثم يقع في التفاصيل الغلبةُ على الظن في مسيرها ونقيض ذلك ، والاتصال والانفصال ، فلْيخرّج هـٰذا علىٰ ما تقدم ، فلا فرق .

هـٰذا كلام بالغٌ في الإخراج من الحرز ومعناه ، ويتصل به فصل هو منه ، وله تعلق بتفاصيلَ في الأحراز ، ونحن نأتي بها في فصل مفرد ، إن شاء الله تعالىٰ .

فصل

قال : « وإن أخرجه من البيت والحجرة إلى الدار . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١١٠٤ـ مقصود الفصل يتم بالكلام في دارٍ وبيوتها ، وفي خانٍ وبيوتها وحُجرها .

فأما القول في الدار يدخلها السارق ، فإذا أخرج المتاع من بيت إلى العَرْصَة ، ولم [يخرجه][٢] من الدار ، نظر : فإن كان البيت مفتوحاً ، أو كان غلقه ضعيفاً ، وكان باب الدار مفتوحاً ، فالمتاع ضائع غيرُ محرز ؛ ذلك أن عماد الحفظ الحصانةُ ،

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٠ .

(٢) في النسختين : « يخرجها » .

لا اللّحظُ ، فإن كان باب البيت مفتوحاً ، وبابُ الدار مغلقٌ موثقٌ فإذا أخرج المتاع من البيت إلى الصحن ، نظر : فإن كان ذلك المتاع لا يحرز بالعرصات ، فهو ضائع ، إذا لم يكن في مخزن يليق به ، وإن كان المتاع بحيث يحرز بالعرصات والأبنية الظاهرة والبيت المفتوح ، فإذا أخرج المتاع إلى العرصة ، لم يكن سارقاً ؛ لأنه لم يخرجه من حرز ، وهو بمثابة ما لو نقل المتاع من جانب العرصة إلىٰ جانب .

وإن كان البيت مغلقاً ، فالبيت حرز في نفسه ، والمتاع مما يُحرز بالعَرْصَة ، فإن أُغلق عليه بيتٌ ، فهو زيادة إيثاق ، فإذا فرض الإخراج من البيت إلى العرصة ، نظر : فإن كان/ باب الدار مفتوحاً ، فالإخراج من البيت إلى العرصة سرقة موجبةٌ للقطع ؛ ٧٣ ي فإن العرصة ضائعة بسبب فتح الباب ، والبيت حرزٌ للمتاع المخرَج منه ، فقد أخرج متاعاً من حرزه إلىٰ موضع ليس بحرز ، وهـٰذا معنى السرقة .

فإن كان باب الدار مغلقاً ، وكان باب البيت مغلقاً أيضاً ، وكل واحدٍ من البيت والدار حرزٌ تام في المتاع المخرج ، فإذا فرض الإخراج من البيت المغلق إلى العرصة التي كان بابها مغلقاً ، ففي وجوب القطع وجهان : **أحدهما** ـ أنه يجب نظراً إلى الإخراج ، **والثاني** ـ لا يجب ؛ لأن الموضع الذي نَقَل المتاع إليه لم يكن مضيعة ، [فهـٰذا][1] نقل من حرز إلىٰ حرز ، والسرقة الموجبة للحد هي الإخراج من حرز إلىٰ مضيعة ، وما ذكرناه فيه إذا كان المتاع بحيث يحرَز بعرصة الدار .

فأما إذا كان المتاع بحيث لا يحرز بالعرصة ، وكان في المخزن المستقل بكونه حرزاً ؛ فأخرجه إلىٰ عرصة الدار ، فإن كان باب الدار مفتوحاً ، فالذي جرىٰ سرقةٌ موجبة للحد .

وإن كان باب الدار مغلقاً ، فأخرج المتاع من البيت إلى العرصة ، ففي المسألة وجهان مرتبان على الوجهين اللذين ذكرناهما في المتاع الذي يحرز بالبيت والعرصة في مثل هـٰذه الصورة : فإن قلنا ثَمّ : يجب القطع بالإخراج من العرصة ، فلأن يجب في هـٰذه الصورة أولىٰ ، وإن قلنا : لا يجب القطع بتلك الصورة ، ففي هـٰذه الصورة

---

(١) في الأصل : « لهـٰذا » .

وجهان . والفرق أن الدار مضيعة بالإضافة إلى الدراهم والدنانير ، فالإخراج من المخزن إلى العرصة إخراج من حرزٍ إلىٰ مضيعة ، وليس كذلك الصورة الأولىٰ ؛ فإن المتاع فيها أُخرج من حرزٍ إلىٰ حرز .

فإن قيل : هٰذا الفرق ظاهر ، فما وجه الخلاف ؟ قلنا : باب الدار وإن كان مغلقاً على العرصة ، فهو مزيد إيثاق للمال الموضوع في المخزن ، فهي [تتمة][1] الحرز ، فإذا فرض إخراجٌ من البيت إلى العرصة ، فالعرصة ، وإن لم تكن حرزاً بنفسها ، فهي مزيد استيثاق للحرز إذا كان الباب مغلقاً عليها/ . ش ٧٣

ومن الأصحاب من يقول : لا تتم **السرقة** إلا بالإخراج من تمام الحرز .

وإذا جمعنا بين هٰذه المسألة ، وهي إخراج الدراهم من المخزن إلى العرصة المُغلقة بابها ، وبين إخراج ثوب من الفرش من بيت مغلق إلى العرصة ، انتظم في المسألتين **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ وجوب القطع فيهما ، **والثاني** ـ انتفاء القطع فيهما . **والثالث** ـ الفرق بين أن يكون المخرج إلى العرصة مما يحرز بالعرصة ، وبين أن يكون مما لا يحرز بالعرصة .

١١١٠٥ـ ووراء ذلك بحث به تمام البيان وهو أن السارق لو تسلق الجدار وتدلّىٰ إلى العرصة ، وأخرج المتاع من البيت إلى العرصة ، فالأمر علىٰ [ما][2] ذكرناه ، وإن فتح الباب ، وكان مغلقاً ، ثم أخرج المتاع والدراهم من البيت إلى العرصة بعد فتح بابها ، فكيف السبيل ؟ هٰذا فيه نظر من جهة أن الحرز الذي يهتكه السارق في حكم الحرز الدائم ، ولولا ذلك ، لما أوجبنا القطع علىٰ من نقب الحرز ، ثم دخل فأخرج ؛ فإنه بنقبه أخرج الحرز عن كونه حرزاً ، هٰذا وجهه .

ولٰكن لو قدرنا بقاء العرصة على الحرز ، فقد يجرّ هٰذا تخفيفاً عن السارق ، إذا قيل : أَخرجَ من حرز إلىٰ حرز . وإن حكمنا بانتهاك حكم الحرز في العرصة ، فإذا أخرج من البيت إليها ، استوجب القطع ، ونحن جعلنا الحرز في حق الناقب السارق

---

(١) في الأصل : « قيمة » ، والمثبت من (ت٤) .

(٢) زيادة من المحقق .

حرز التعلق تغليظاً عليه ، فقياس هـٰذا الفقه أن نجعل العرصة مضيعة ليلتزم الداخل بالإخراج من البيت إليها القطعَ .

والمسألة محتملة ؛ من جهة أن ما أقمناه للتغليظ أو لغيره لا يمتنع أن ينفع السارقَ من وجهٍ ، إذ ليس مبنى الباب على التغليظ ، وإنما جعلنا الناقب إذا سرق سارقاً ؛ لأن صورة السرقة في الغالب كذلك تكون ، والذي يتسلق بمرقاةٍ أو حبل وعُقَدٍ ومحجن يُخرج الحرزَ مع تلك الآلة عن كونه حرزاً ، فكان ذلك أيضاً تقديم هتك الحرز على الإخراج ، فجرىٰ ذلك علىٰ حكم الضرورة في تصوير السرقة ، فلا نلتزم هـٰذا الأصلَ في كل صورة .

وقد انتهى الكلام في الدور وبيوتها .

١١١٠٦ـ ونحن نبتدىء الآن القولَ في الخانات ذوات الحجر والبيوت ، فنقول : إذا أُخرج شيء من عرصة خانٍ ، وكان بحيث يُحرَز بالعرصة والباب مغلق ، نظر : فإن أخرجه بعضُ سكان الخان/ ، فلا قطع ؛ فإن العرصة ليست ممنوعة عن سكان الخان ، وهـٰذا متضح إذا كان فتح الباب هيناً على الخارج ، بأن يكون الإيثاق بالسلاسل والمرازب[1] .

٧٤ ي

فأما إذا كان الباب موثقاً عن السكان ، وعليه حارس بيده مقاليد الأغلاق ، فإذا كان المخرج للمتاع يحتاج أن يعاني من الكلفة ما يعانيه من يحاول دخول الخان من خارج ، فهـٰذا فيه تردد : يجوز أن يقال : يجب القطعُ للإخراج من حرزٍ لا سبيل إلى الخروج منه من غير تسبب إلىٰ هتك الحرز ، وحقيقة السرقة التسبب إلى الإخراج من الحرز ، ولهـٰذا قلنا : من أرسل محجناً له وأخرج متاعاً من كُوّة ، كان سارقاً ، وإن لم يدخل الحرز .

ويجوز أن يقال : لا قطع ؛ لأن يد ساكن الخان تتوصّل إلى المتاع . وصورة الحرز ما يمنع الآخذ من الأخذ ، ويكون متضمناً حيلولة بين من يبغي الأخذ وبين المتاع ، والمتاعُ الموضوع في العرصة ليس مصوناً عمن يسكن الخان ، والدليل عليه أن من

---

(١) المرازب : جمع مرزبة ، والمرزبة ، عُصيّة من حديد . (المعجم) .

استحفظ إنساناً في متاعٍ ، ونهاه عن النقل عن موضعه ـ وكانت المسألة مفروضة في الخان ـ ولو نقله المستحفَظ ، لكان متعدياً ضامناً . فلو فرض من المودَع التعدي (بنقل الوديعة والاختيار بهتك الحرز والإخراج منه[1]) ، فيبعد أن يجب القطع عليه ؛ لأن المتاع في يده[2] . كذلك المتاع الملقىٰ في العرصة ، وإن لم يجر فيها استحفاظ فتمكُّن ساكن الخان من الوصول إليه في حكم السرقة يُلحقه بالمودَع ، وإن لم يكن مودَعاً . هـٰذا كلامنا في الساكن يسرق من العرصة ويخرج .

١١١٠٧ـ فأما إذا احتال سارق ودخل الخان ، وأخرج المتاع ، وهو محرز ، فلا شك في وجوب القطع عليه .

فأما إذا سرق بعضُ السكان من بعض ، وكان كل واحد في بيت محرز عن أصحابه ، فإذا أخرج بعضُ السكان شيئاً من بيتٍ ساكنٍ ، فهو سارق ، وصحن الخان في حق السكان كالسكة بالإضافة إلى الدور التي أبوابها لافظة إلى السكة .

ولو دخل سارق من خارج وأخرج شيئاً من بيتٍ إلى الصحن ، فقد قال **الأصحاب** : تفصيل القول في هـٰذا الفصل كالقول في إخراج متاع من بيتٍ في الدار إلىٰ عرصة الدار ، وقد مضىٰ ذلك مفصلاً ؛ فإن الخان بالإضافة إلى الخارج منه كدارٍ ذات بيوت وحُجر ، فإن قيل : إذا كانت الدار لافظة الباب في سكة منسدّة ، وعلىٰ رأس السكة

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) ، وعبارة (ت٤) فيها زيادة ، ونصها كالآتي : « والدليل عليه أن من استحفظ إنساناً في متاع ، ونهاه عن النقل من موضعه ، وكانت المسألة مفروضة في الخان ، ولو نقله المستحفظ ، لكان متعدياً ضامناً ، فلو فرض من المودع التعدي ، وكانت المسألة مفروضة في الخان ، ولو نقله المستحفظ لكان متعدياً ضامناً ، فيبعد أن يجب القطع عليه » .

(٢) إلىٰ هنا انتهى المشبه به ، وبقوله : « كذلك المتاع الملقىٰ . . . إلخ » بدأ كاف التشبيه والمشبه ، والمعنىٰ أن المتاع في عرصة الخان ، ووصول أيدي الساكن إليه يجعله كالوديعة في المودع ، يضمنها بالتعدّي ، ولـٰكن لا يقطع بهـٰذا التعدي . وعبارة الغزالي في البسيط توضح ذلك ، فقد قال : « ويحتمل ألا يجب القطع ، وهو الأظهر ؛ لأن إغلاق الباب لا يحرز عن الساكن في الخان ، وإنما الإحراز عن السكان بأعين اللاحظين ، وهو صحيح ، وكأنه مستودَع ، وإن لم يشافَه به ، ومن أودع شيئاً في ملك المودَع وحِرْزِهِ ، فتعدّىٰ بالإخراج ، فلا ينبغي أن يجب القطع عليه » (ر . البسيط : ٥/ ١٣١ يمين) .

درب[1] ، والسكة ملك لملاك/ الدور ، فما قولكم فيه إذا دخل سارق وأخرج شيئاً من ٧٤ش دار إلى السكة الموثقة بالدرب إيثاق عرصة الخان ببابه ؟ قلنا : ما رأيناه **للأصحاب** أن هـٰذا سرقة ثابتة ، وليس هـٰذا خالياً عن احتمال ؛ فإن السكة المملوكة لملاك الدور كعرصة الخان لملاك البيوت أو لسكانها .

وقد انتهى الكلام في هـٰذا الفن ، ونجز مقصود الفصل .

فَصْلٌ

مشتمل علىٰ بقايا من أحكام الإخراج من الحرز

١١١٠٨ـ وقد تقدم القول في مقدار النصاب في صدر الكتاب ، ومقصود هـٰذا الفصل شيئان : **أحدهما** ـ إخراج نصاب واحد من الحرز بدفعات . **والآخر** ـ اشتراك جمع في إخراج نصاب ، أو نُصب .

فأما **الفصل الأول** : إذا نقب السارق الحرز وأخرج نصف نصاب واكتفىٰ ، واطلع صاحب الحرز على انتهاكه ، فإذا عاد واستتم النصاب ، لم يستوجب القطع ، ووجهه بيّن .

وإن عاد الشخص وقد سُدَّ الحرز وأوثق ، فنقب مرة أخرىٰ ، واستكمل النصاب بالدفعتين ، فلا قطع ؛ فإنه أخرج نصاباً واحداً بسرقتين كل واحدة متميزة عن الأخرىٰ ، والفاصل بينهما عَوْد الحرز إلىٰ ما كان عليه أولاً .

وإن لم يُسَدّ الحرز ، ولم يشعر به ، فعاد وأخرج ما كمل النصاب به ، فحاصل ما ذكره **الأصحاب أوجه** : **أحدها** ـ أنه لا قطع لتعدد الفعل والإخراج ، وقصور المخرَج في كل كرّة عن مقدار النصاب . **والثاني** ـ أنه يجب القطع ؛ فإن الحرز لم يُسدّ ، ولم يشعر به فيفرض الانتساب إلى التقصير[2] ، فالفعلان في حكم الفعل

---

(١) درب : هـٰذا اللفظ ليس عربي الأصل ، والعرب تستعمله بمعنى الباب ، فيقولون لباب السكة : دَرْب . (ر . المصباح) .

(٢) أي لا يفرض انتساب المالك إلى التقصير ، أي لا يعد مضيِّعاً ؛ لأنه لم يشعر بالنقب ، وعلىٰ هـٰذا لم يسدّه .

الواحد . **والثالث** ـ وهو أعدل الوجوه أن الفعلين إذا تواصلا ـ من غير تخلل فصلٍ ـ يجب القطع ، وإن انفصل أحدهما عن الثاني بزمان طويل ، فلا قطع ؛ وكان **شيخنا** يقول : لو أخرج مقداراً ، وانطلق به وعاد ، فهـٰذا فصل بين الفعلين ، وإن قرب الزمانُ وأسرع الكرّة ، وهـٰذا حسنٌ في إيضاح معنى الفصل بين الفعلين في هـٰذا الوجه الثالث .

ومما يتصل بهـٰذا المقصود ذاته أنه لو فتح كُندوجاً ، فانثال الحب منه حتىٰ بلغ نصاباً ، فلا شك أنه يخرج شيئاً شيئاً ، والحبات متقطعة لا تواصل فيها ، وإذا قلنا : لو أخرج نصاباً بفعلين متواصلين من غير/ فاصل لا يجب القطع ، فإذا كمل النصاب ي ٧٥ بالانثيال في فتح أسفل الكندوج ، ففي المسألتين **وجهان** : **أصحهما** ـ وجوب القطع ؛ فإن ذلك يعد خروجاً بدفعة ، ولا يُعَد مقطعاً ، والفعل في نفسه غير متعدد ، وقد أوردنا مسألة الكُندوج فيما تقدم في غرضٍ آخر ؛ إذ حكينا أن من **الأصحاب** من يقول : الإخراج فيما ينثال لا يتحقق ، وذلك مزيف ، وقد أوردنا المسألة الآن في غرض التواصل والتقطع ، والأصح التواصل أيضاً ، ووجوب القطع .

ولو تعلق بطرف منديل وأخذ يجذبه شيئاً شيئاً ، يجب القطع وفاقاً ، إذا كان المنديل نصاباً ، فليس خروجه شيئاً شيئاً من التقطع في الإخراج وجهاً واحداً . وقد أوردنا هـٰذا في غرض آخر ، وهو يعضد ما ذكرناه الآن ؛ فإنا قلنا فيما سبق : إذا أخرج من المنديل ما لو فصله ، لكان نصاباً ، فلا قطع ، لأن الذي أبرزه ليس له حكمُ المخرج من الحرز ، ويتضح بهـٰذا أن إخراجه في حكم فعلٍ واحد ؛ إذ البعض من غير فصلٍ لا حكم له .

هـٰذا أحد مقصودي الفصل .

١١١٠٩ـ والثاني في اشتراك اثنين فصاعداً في الإخراج ، فنقول : إذا دخل رجلان الحرز ، وحملا معاً ما قيمته نصاب ، فلا قطع علىٰ واحدٍ منهما ، وإن تحقق اشتراكهما في الإخراج علىٰ أقصى الإمكان في التصوير ، بخلاف ما لو اشتركا في قطع يدٍ ، فإنا نقطع أيديهما ، كما نقتلهما لو اشتركا في القتل .

وقال مالك[١] يجب القطع على المشتركَيْن في إخراج النصاب ، والفرق المعتمد يرجع عندنا إلى انفصال قاعدة عن قاعدة ، فالطرف مصون بالقصاص ، والمال مصون بالقطع ، ولٰكن لم يشرع الشارع القطع في أقل من نصاب ، لأن النفوس لا تتشوف إلىٰ مصادمة الأخطار لأخذ المقدار النزر ، وهٰذا المعنىٰ يتحقق في الشريكين في سرقة نصابٍ ؛ إذ لا يخص واحد منهما نصابٌ . وهٰذا المسلك لا يتحقق في الطرف وقطعه ، ولو أخرجا ثلث دينار ، فلا قطع علىٰ واحدٍ منهما ، وإن أخرجا نصف دينار ، لزمهما القطع ؛ إذ يخص كل واحد منهما نصابٌ .

ولو دخلا ، فأخرج أحدهما ربعاً والآخر سدساً ، فعلى الذي أخرج ربعاً القطع ، ولا قطع علىٰ مخرج السدس .

وإن اشتركا في الإخراج على الحقيقة ، فلا قطع عليهما/ ، والمرتجىٰ في حقيقة الاشتراك التحقيق المعتبر في قطع اليد ، وليس هٰذا كالنقب ؛ فإن النقب ليس بسرقة ، وإنما هو توصل إليها ، والسرقة الحقيقية الإخراج . ٧٥ ش

فَصْلٌ

قال : « وإن سرق سارق ثوباً ، فشقه . . . إلىٰ آخره » ثم قال : « ولو كانت قيمة ما سرق ربع دينار فنقصت القيمة . . . إلىٰ آخره »[٢] .

١١١١٠ـ أما الفصل الأول ، فمن فصول الغصب ، فمن دخل الحرز ، وأخذ ثوباً وشقه في الحرز طولاً أو عرضاً ، فلا أثر لما فعل في تثبيت حق الملك له ، وإذا أخرجه ، وكانت قيمته معتبرة عند الإخراج نصاباً ، فيجب القطع . والاعتبارُ في القيمة بحالة الإخراج ، وأبو حنيفة[٣] قد يجعل الشق طولاً مثبتاً حق الملك للشاق ، ويرتب

(١) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢/٦٤٧ مسألة ١٩٠٤ ، عيون المجالس : ٥/٢١٢٣ مسألة ١٥٣٤ .
(٢) ر . المختصر : ٥/١٧٠ .
(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٢٧٤ ، المبسوط : ٩/١٦٣ .

عليه سقوط القطع ؛ فإنه ملك الثوب في الحرز ، وأخرج ملكه .

وكذلك لو ذبح شاة ، فأخرج لحمها ، أو تعاطىٰ لحماً ، فشواه وأخرجه مشوياً ، فإن كانت قيمة المخرَج نصاباً وقت الإخراج ، وجب القطع ، ولا أثر لهـٰذه التغايير عندنا [كثيرة أو قليلة][1] مع العلم بأن الاعتبار في القيمة بحالة الإخراج وإنما اختبط **أبو حنيفة** فيها ، فجعل بعضها مملِّكاً .

١١١١١ـ وأما الفصل الثاني [فمعموده][2] ومقصوده أن السرقة إذا تمت موجِبةٌ للقطع ، فلو فرض طريان تغير بعد تمام السرقة ، فلا أثر له ، ولا يسقط القطع بما يطرأ بعد الوجوب ، فلو تلف المسروق ، أو نقصت قيمته : إما بالسوق ، أو بطريان آفة ، فلا يسقط القطع بشيء من ذلك .

ولو وهب المالك المسروقَ من السارق بعد تمام السرقة ، فلا أثر لشيء من هـٰذا ، خلافاً **لأبي حنيفة**[3] في مسائل أُخَر بيّنّاها في الخلاف .

ومهما[4] وجب حد ، فلا أثر لما يطرأ بعد وجوبه في إسقاط الحد ، وقد ذكرنا في كتاب اللعان أن من قذف شخصاً ، فلم يحد حتىٰ زنى المقذوف ، فالنص أن القاذف لا يحد ، بخلاف ما لو ارتد المقذوف ، وقد قدمنا تفصيل المذهب في ذلك ثَمَّ ، فلا حاجة إلىٰ إعادته هاهنا .

إذا أقر المالك بأن المسروق كان للسارق ، وهو في الحرز ، فلا شك أن القطع يسقط ، والمعنيّ بسقوطه [تبيُّنُ][5] عدمِ ثبوته في الأصل في ظاهر الحكم .

فأما إذا ادعى السارق أن المسروق كان لي ، ولم يكن معه بيّنة/ ، فظاهر كلام ي ٧٦

---

(١) في الأصل : « قصيرة غير طويلة » والمثبت من تصرف المحقق ، حيث تقع هـٰذه العبارات في الأجزاء التي أصابها المحو من صفحات (ت٤) .

(٢) في الأصل : « فمعقوده » .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٢٧١ ، المبسوط : ٩/ ١٨٦ ، طريقة الخلاف : ٢٢٩ مسألة ٩٢ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ١٥٥ .

(٤) مهما : بمعنىٰ إذا .

(٥) في الأصل : « بين » . والمثبت من المحقق .

الشافعي أنه يسقط عنه الحد ، ونفسُ دعواه تنتصب شبهة في إسقاط الحد عنه . **ومن أصحابنا** من خرج قولاً أن الحد لا يسقط .

ووجه النص أن الدعوىٰ مسموعة ، فإذا لم تكن بينة ، فالقول قول المالك مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على السارق ، فإن حلف قُضي له بالملك ، ولا خلاف في انتفاء القطع ، إذا أفضت الخصومة إلىٰ ما ذكرناه . وإن حلف المدعىٰ عليه ، فلو أوجبنا القطع ، لكان وجوبه متعلقاً بيمين ، ويستحيل إيجاب قطع السرقة باليمين .

وعبر **الأصحاب** عن هٰذا المعنىٰ ، فقالوا : السارق يصير خصماً في المسروق ، ويستحيل أن يقطع في الشيء من هو خصم فيه .

ووجه القول الآخر ـ أن الدعوى العريّة لا أثر لها ، ولا وقع لها ، ولو فتحنا هٰذا الباب ، لاتخذ السراق دعوى الملك ذريعة إلىٰ إسقاط حق الله تعالىٰ ، واللائق بقاعدة الشافعي [إسقاط][1] الذرائع الهادمة للقواعد إذا كان الوصول إليها متيسراً لا عسر فيه .

ثم ذكر **الشيخ** في **شرح التلخيص** صوراً في استكمال هٰذه الأصول ، ونحن نأتي عليها ، فلو ادعى السارق أن الدار التي سرقتُ منها ملكي ، غصبها المسروق منه ، فدعواه الملك في الحرز ـ على الوجه الذي ذكرناه ـ كدعواه الملك في المسروق .

وكذلك لو قال : هٰذا الذي سرقتُ منه مملوكي ، فهٰذا يخرج أيضاً على الخلاف المقدم .

والجملة في ذلك أنه إذا ادعى الملك في شيء لو تحقق ما قاله ، لسقط عنه الحد ، فمجرد الدعوىٰ فيه تُسقِط القطعَ على النص ، وفيه القول المخرّج .

١١١١٢ـ ومما يليق بذلك أنه لو اشترك اثنان في سرقة نصابين ، ثم ادعىٰ أحدهما أن المال بمجموعه ملكي ، فيسقط القطع عنه تفريعاً على النص ، أما شريكه ، فإن

---

(١) في الأصل : « إثبات » .

صدقه فيما ادعاه ، فيسقط القطع عنه أيضاً ، وإن كذبه ، وقال : كذب في دعواه ، وقد سرقنا هٰذا المتاع من ملك المدعىٰ عليه ، فالمذهب أنه يجب القطع على الشريك المكذب ، ووجهه ظاهر ؛ فإنه لم يدع شبهة ، ودعوىٰ غيره لا تنتصب شبهة في حقه .

وذكر **القفال** وجهاً آخر أنه لا يجب القطع عليه ؛ تفريعاً على النص ؛ فإنه قد صدر في الملك دعوىٰ لو صدقها ، لسقط عنه القطع ، فكذلك/ إذا كذب ، كما لو قال المسروق منه : هٰذا ملك السارق ، فكذبه السارق ، وقال : إنما أنا سارق ، فالقطع يسقط مع تكذيب المسروق منه ، وبمثله لو سرقا كما ذكرنا ، فقال أحدهما : هٰذا المال لشريكي وكذبه صاحبه ، فالقطع يسقط عن المدعي على النص ، وهل يسقط عن المكذب الذي أنكر الملك ؟ فعلىٰ وجهين كما ذكرناه ، ولا فرق بين المسألتين . ش ٧٦

وكل ذلك تفريع على النص .

ولو سرق العبد شيئاً من حرز مثله ، ثم ادعى العبد أن الذي سرقته كان لسيدي ، فإن صدقه السيد ، اندفع الحد على النص ، وإن كذبه السيد ، فهل يندفع عنه الحد ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ لا يندفع ؛ فإنه ليس يدّعي الملك لنفسه ، وإنما يدعيه لسيده ، وقد كذبه سيده ، فخرجت المسألة علىٰ وجهين . هٰذا بيان هٰذه المسائل .

فَصْلٌ

« وإن أعار رجلاً بيتاً . . . إلىٰ آخره »[1] .

١١١١٣ـ من أكرىٰ داراً من إنسان ، فأحرز المستأجر بها ملكه ، فلو سرق ملكه الآجر ، وجب القطع عليه ، وثبوت الملك في رقبة الدار لا يكون شبهة في درء الحد عن المكري ؛ لأن المستأجر ملك منفعتَها بعقد الإجارة وإنما الإحراز بمنفعة الدار ، وحق سكونها والإيواء إليها .

ولو استعار رجل حرزاً وأحرز به ماله ، فسرق المعير مال المستعير ، ففي المسألة

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٠ .

أوجه : **أحدها** ـ يلزمه القطع ، كالمكري مع المكتري ، **والثاني** ـ لا يلزمه القطع ؛ فإن المستأجر مَلكَ منفعة الدار ، والمستعير لم يملكها ، بل استباحها ، وللمعير حق الرجوع في العارية متىٰ شاء . **والوجه الثالث** ـ أنه إن قصد به الرجوع في العارية ، فدخل الدار علىٰ هـٰذا القصد ، ثم أخرج ما وجد ، لم يُقطع ، وإن لم يقصد بدخول الدار الرجوعَ في العارية ، قُطع ، واستشهد **القفال** في اعتبار القصد وعدمه ، بأن قال : لو دخل مسلمٌ دار الحرب فوطىء حربية ، فإن قصد به قهرها وتملكَها عند إمكان ذلك ، لم يكن ما صدر منه زنا ، ولو علقت منه ، صارت أم ولد بعد جريان الملك علىٰ رقبتها ، وثبت النسب . وإن لم يقصد تملكها وقَهْرَها ، كان الصادر منه زناً ، ولو تعلقها لم تصر أم ولد .

ومال **أئمة المذهب** إلى الوجه الأول/ ؛ فإن المعير وإن كان يملك الرجوع في العارية فإذا أراد ذلك ، تعين عليه إمهال المستعير ريثما ينقل امتعته ، فيظهر هاهنا أن العارية تُثبت تأكد الحق للمستعير ، فلا يهجم علىٰ نقضه . ٧٧ ي

١١١١٤ـ ومما يتصل بذلك أن من غصب حرزاً ، وأحرز به ماله ، فلا شك أن المغصوب منه لو دخله ، وأخرج منه شيئاً ، فلا قطع عليه ، لأنه يستحق دخول الحرز عاجلاً ، غيرَ آجل .

ولو دخل الحرز المغصوبَ غيرُ المغصوب منه ، وسرق منه ، فقد قال **القفال** : لا قطع على السارق ؛ لأن ملك الغير لا يصير حرزاً له ، وهو جانٍ متعد . وهـٰذا قاله تخريجاً .

وفي كلام **الأصحاب** ما يدل علىٰ خلاف ذلك ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ ما ذكرناه ، **والثاني** ـ أن القطع يجب . ويمكن أن يقرّب هـٰذا من التردد في أن الواحد من المسلمين إذا رأىٰ عيناً مغصوبة في يد غاصب ، فهل له إزالة يده عنها حسبةً ؟ وفيه خلاف تقدم .

ونظير ما نحن فيه أن من غصب من إنسان مالاً وأحرزه بحرزه المملوك ، فدخل المغصوبُ منه الحرزَ ، وأخذ المال المغصوبَ منه ، وأخذ من مال الغاصب ما بلغ نصاباً ، وأخرجه من الحرز ، ففي وجوب القطع عليه **وجهان** : **أحدهما** ـ لا يجب ؛ لأنه أبيح له التهجم عليه والدخول في حرزه لانتزاع المغصوب من يده ؛ فلا حُرمةَ

لحرزه في حقه . **والثاني** ـ يلزمه الحد لإخراجه مالَ الغاصب من حرزه ، فلا شبهة له في المخرَج .

ولو غصب رجل مالاً ، ودخل غيرُ المغصوب منه ، وأخذ ذلك المال المغصوبَ ، ففي وجوب القطع علىٰ هـٰذا الآخذ خلاف يلتفت علىٰ ما ذكرناه من أن من رأىٰ عيناً مغصوبة في يد إنسان ، فهل له أن يأخذها منه قهراً ليردها على المغصوب منه ؟ فعلىٰ خلافٍ مشهور .

ولو دخل ربُّ الوديعة دارَ المودَع ، وأخذ وديعته وأخذ معها مال المودَع ، فيجب القطع ؛ فإنه ليس له الهجوم علىٰ حرز المودَع ، بل يسترد منه الوديعة بطريق استردادها . وما ذكرناه من الخلاف فيه إذا [أدخل][1] المغصوب منه متاعاً دار الغاصب ، وأخذ متاع نفسه/ ومتاعاً للغاصب معه ، لا يختص بما إذا أخذ متاع نفسه ، ولـٰكن لو أخذ متاع المغصوب منه ، وترك متاع نفسه ، فالوجهان جاريان ، والخلاف مستمر ، كما تقدم . ش ٧٧

ولو استعار الرجل عبداً ليرعىٰ له غنماً ، ثم إن سيد العبد تغفَّل العبد وسرق من الغنم ما يبلغ نصاباً ، ففي ذلك **طريقان** : **أحدهما** ـ ينزل ذلك منزلة ما لو دخل الدار المستعارة ، وأخذ مال المستعير ؛ فإن الدار المستعارة حرز مال المستعير ، ومراقبة العبد المستعار حرز مال المستعير ، فلا فرق .

ومن **أئمتنا** من قطع بوجوب الحد على السيد ؛ فإن التعويل في إحراز الغنم علىٰ لحظ الراعي ، وهـٰذا لا يضاف الملك إليه[2] ، ومعتمد الحرز في الدار [الدارُ][3] . وللمالك حق طروقها ، فبان الفرق . ويجوز لصاحب الطريقة الأولىٰ أن يقول : العبد لا يُحرز عن مولاه بصدق اللحاظ ما يحرزه عن الأجانب .

---

(١) في الأصل : « إذا أوصل » .

(٢) لا يضاف الملك إليه : أي لا يملك السيد لَحْظَ العبد .

(٣) زيادة من المحقق .

فصل

قال : « وإذا سرق عبداً صغيراً لا عقل له . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١١١٥ـ تصوير سرقة العبد الصغير بأن يُلفىٰ نائماً في الحرز ، فيحمل أو يخرج أو يلقىٰ مسقطاً ، فيربط ويحمل ، والمجنون والأعمى الذي لا يعقل بهـٰذه المثابة ، فلو دعا هـٰذا الذي لا يعقل ، ولا يميز فاتبعه ، وخرج من الحرز ، فهو كبهيمة يدعوها فتتبع الدعاء ، وتخرج ، وقد ذكرنا في هـٰذا تردداً **للأصحاب** .

ولو كان العبد يعقل عقل مثله ، فتصوّر سرقته بأن يحمل مضبوطاً[٢] ، فأما إذا خدعه ، فخرج مختاراً مخدوعاً ، فهـٰذا ليس بسرقة بلا خلاف ، وإنما هو خيانة .

ولو حمل العبدَ المميِّز بالسيف علىٰ أن يخرج من الحرز ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن هـٰذا سرقة ، كما لو استاق دابةً ، فامتنعت عليه فضربها . **والثاني** ـ أنه لا يكون سارقاً لمكان اختيار المكرَه المميز ، والدابة وإن كانت مختارة ، فيسقط أثر اختيارها بالكلية إذا سيقت بالسوط والعصا .

ثم العبد الصغير حرزه دار المولىٰ ، أو حريم داره ، إذا كان مطروقاً[٣] بحيث يعد العبد مصوناً ، وإن فارق الدار والحريم ، فهو ضائع .

ولو أخرج من الحرز صبياً حراً نائماً أو [مضبوطاً][٤] مكرهاً ، فالكلام في الثياب التي عليه ، **وللأصحاب فيها وجهان**/ : **أحدهما** ـ أنها مسروقة يتعلق بسرقتها القطع . ٧٨ ي **والثاني** ـ أنها ليست مسروقة ، وهي في يد الحر وإن كان صغيراً ضعيفاً ، فهـٰذان

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٠ .

(٢) مضبوطاً : أي موثقاً مكرهاً . وضبطه من باب ضرب ، أي حفظه حفظاً مبالغاً فيه (المصباح) .

(٣) إذا كان مطروقاً : المعنىٰ أن حريم الدار ـ وهو ما حولها ـ يكون حرزاً إذا كان ملحوظاً من الطارقين ، أما إذا كان غير مطروق ، فما فيه ضائع غير محرز ، فليس محفوظاً بأبواب ومغاليق ، ولا بلحظ الطارقين .

(٤) في الأصل : « مربوطاً » .

الوجهان يجريان في أن ثيابه في غير صورة السرقة هل تدخل تحت يد غاصب الحر وحامله ؟

١١١١٦ـ ولو كان المخرَج مستقلاً بنفسه ، وعليه ثيابه ، فهـٰذا يستدعي تقديم مسألة هي مقصودة في نفسها ، ويتعلق بيان هـٰذا الفصل بها ، وهي أن من كان راقداً علىٰ بعير وتحته أمتعته ، والبعير مملوك له ، فإذا أخذ سارق زمام البعير ، ونحاه عن سَنَن الطريق ، حتىٰ أفضىٰ به إلى الموضع الذي يريده ، فهل نجعله سارقاً للمتاع والبعير ؟

حاصل ما ذكره **الأصحاب أربعة أوجه** : **أحدها** ـ أنه سارق ، لأنه احتوىٰ على البعير وما عليه . **والثاني** ـ أنه لا يكون سارقاً ؛ فإن يد مالك البعير والمتاع قائمة عليه ، وإنما تتحقق السرقة عند إزالة يد المالك عن ملكه . وعبر **بعض الأصحاب** عن هـٰذا ، فقالوا : « السرقة إخراج المال من الحرز » والحرزُ مصون في هـٰذه المسألة بالمحرِز ، فلا تفريق ، ولا إخراج .

ومن[1] **أصحابنا** من فصل بين أن يكون الراكب ضعيفاً والآخذ أقوىٰ منه ، وبين أن يكون الراكب قوياً ، فإذا تيقظ لم يقاومه من قاد بعيره ، فقال : إن كان ضعيفاً ، فالقائد سارق ، وإن كان قوياً ، فليس بسارق ؛ فإن التعويل في الإحراز حيث يكون المتاع ملحوظاً بالمنعة من اللاحظ ، فإن من يكون في يده متاع في الصحراء ، ولا مستغاث بالقرب منه ، فالمتاع ـ وإن كان ملحوظاً بلحظٍ ـ ضائعٌ غيرُ محرز .

ومن[2] **أصحابنا** من قال : إن كان الراكب عبداً ، فالبعير والعبد جميعاً مسروقان .

هـٰذا ما رأيناه **للأصحاب** ، فنقلناه علىٰ وجهه ، ودون المنقول بحثٌ عن **أمورٍ** : **منها** ـ أن ما ذكرناه من التردد في تحقيق السرقة يجب أن يكون مترتباً على التردد في أن يد القائد هل تثبت على البعير وما عليه ؟ ويجب إجراء الخلاف في هـٰذا علىٰ نسق واحد .

---

(١) هـٰذا هو الوجه الثالث من الأربعة الموعودة .

(٢) هـٰذا هو الوجه الرابع .

١١١١٧ـ [و][1] لا يتم الغرض إلا **بمسائل نُطلقها** : **منها** ـ أن من احتمل عبداً قوياً وأخرجه من الحرز في حالة نومهِ ، وكان لا يقاوم العبد إذا تيقظ ، فهل نقضي/ بثبوت اليد على العبد أوّلاً ، حتىٰ إن فرض تلفٌ قبل التيقظ يجب الضمان ؟ الوجه عندنا القطع بثبوت اليد ، وإن كانت عرضةً للزوال ، والقول الجامع فيه أن المنقول لا يتوقف ثبوت اليد عليه على الاستيلاء والاستمكان من قدرة المقاومة عند طلب الاسترداد ، وما ليس منقولاً ، فلا معنىٰ لليد فيه إلا الاستيلاء . هـٰذا قولنا في اليد . ٧٨ ش

وأما تحقق **السرقة** ، ففيه نظرٌ ؛ لأن مثل هـٰذا العبد محرز بيد نفسه ، [ومع احتمال ضعفه][2] ، فليس منتهياً من صون إلىٰ ضياع ، وينشأ من هـٰذا كلام تمس الحاجة إلىٰ مثله في القواعد ، وهو أن من جلس نَبَذةً حيث لا مُستغاث يجاب إليه ، ومتاعه ملحوظ [فتغفله][3] ضعيفٌ وأخذه منزلاً ، ولو شعر به صاحب المتاع ، لطرده ، فهل نقول : هـٰذا من حيث عُدّ ضائعاً في حق قويٍّ ، فلا قطع علىٰ آخذه وإن كان ضعيفاً ، لأنه يعدُّ المال في مضيعةٍ ، أم القول في ذلك ينقسم ويختلف علىٰ حسب اختلاف الآخذين ؟

الرأي الظاهر عندي أن المال مصون عن الضياع في حق الضعفة ، معرض للضياع في حق الأقوياء ، [ولا][4] يمتنع انقسام الأمر في بابه ، فإنا وضعنا أصل الحرز على الانقسام بالإضافة إلىٰ صنوف الأموال ، فلا يبعد أن يكون منقسماً بالإضافة إلى الآخذين وهـٰذا محتمل جداً .

---

(١) زيادة من المحقق .

(٢) عبارة الأصل مضطربة ، فقد رسمت هـٰكذا : « محرزٌ بيد نفسه ، فإذا احتملنا ضعيف باختيار فليس منتهياً . . . » كذا تماماً (انظر صورتها) .
والمثبت من معنىٰ كلام الرافعي ، فقد نقل المسالة كاملةً عن الإمام ، وبألفاظه نفسها تقريباً . وهي كذلك عند الغزالي في الوسيط والبسيط . ولـٰكنه في الوجيز أطلق القول بنفي القطع . (ر . الشرح الكبير : ١١/ ٢١٩ ، والوسيط : ٦/ ٤٧٦ ، والبسيط : ٥/ ورقة ٨٣ يمين ، والوجيز : ٢/ ١٧٦) .

(٣) في الأصل : « فتعلقه » والمثبت من حكاية الرافعي عن الإمام في الشرح الكبير (السابق نفسه) .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

١١١١٨ـ ومما يجب التنبه له أن ثياب الحر الذي هو لابسها تحت يده ، فلو حمل حراً ، [وحبسه][(١)] ، فتلفت عليه ثيابه ، فلا ضمان ، وأبعد **نقلة المذهب** ، فحكَوْا وجهاً أن يد الغاصب تثبت على الثياب ، وهـٰذا بعيد في الحر المستقل .

وقد صرح **أصحاب المذهب** بنقل الوجهين في الثياب التي على الحر الصغير . وشببوا بإلحاق الحر الضعيف البالغ بالحر الصغير ، فانتظم في الحر الصغير وجهان ؛ من حيث إنه لا يستحفظ ولا تصلح يده للحفظ ، فلما كان كذلك تثبت يد آخذه عليه علىٰ وجهٍ . ومن أشار إلىٰ أن اليد لا تثبت علىٰ ثياب الحر الصغير ، نظر إلى الجنس ، واستدل بثبوت [يد اللقيط][(٢)] علىٰ ملكه/ ؛ فإن كون الثياب على الصغير يدل علىٰ ملكه فيها علىٰ ما تقرر ذلك في مسائل اللقيط وما عليه من شعار أو دثار ، والحر الضعيف المستقل ممن يجوز أن يؤتمن ويستحفظ ، فكان أولىٰ بألا نثبت يد آخذه علىٰ ثيابه ، والحرّ المستقل القوي بعيد كل البعد ثيابُه عن يد آخذه . ي ٧٩

ويترتب علىٰ هـٰذا المجموع أنا [إن][(٣)] لم نُثبت اليدَ في صورة ، لم نثبت السرقة ، وإن أثبتنا اليدَ ومن عليه الثياب قويٌّ مستقل بالمقاومة ، ففي ثبوت السرقة وجهان ، والثياب التي على الإنسان أبعد عن يد آخذه من الحمل الذي تحته والبعير ؛ فإن ثياب الإنسان في حكم [جِرمه][(٤)] ، فهـٰذا حكم ما أردناه في ذلك .

١١١١٩ـ وإذا كان راكب البعير المقود عبداً ، فهـٰذا يلتفت علىٰ ما مهدناه من أن العبد القوي إذا أخرج ، فهل تثبت اليدُ عليه ، وإن ثبتت ، فهل تتحقق **السرقة** فيه ؟

---

(١) في الأصل : « وحبس » .
(٢) في الأصل : « يده الدالّة » . وتقع المسألة كلها فيما أصابه المحو من (ت٤) ، والمثبت من المحقق علىٰ ضوء عبارة الغزالي .
هـٰذا وعبارة الغزالي : « . . . أحدهما ـ لا تثبت يد الحامل ، بل الثياب في يد الصغير ؛ فإن ليده تأثيراً في الشرع ، ولذلك نخصّص بالشعار والدثار اللقيط الذي وجد ملفوفاً فيه ، ولا نسلّمه إلى الملتقط » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ٨٣ شمال) .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .
(٤) في الأصل : « جرمنه » .

وليس يخفىٰ بعد هـٰذا التمهيدِ والتنبيهِ تفريعٌ ، ولسنا نُكثِّر بعد الوضوح .

ثم قال الشافعي : « ويقطع العبد آبقاً وغيرَ آبق . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١١٢٠ـ إذا سرق العبد في إباقه ، وجب القطع بالسرقة ، خلافاً **لمالك**[٢] وإياه قصد **الشافعي** بالرد ، ومسلك المعنىٰ واضح ، وقد روي « **أن ابن عمر أبق له عبد ، فسرق ، فرفعه إلىٰ [سعيد بن العاص]**[٣] **أمير المدينة ، فقال : إنه آبق ، ولا قطع علىٰ آبق ، فقال** : « **في أي كتاب الله وجدتَ ، وقطع يده** »[٤] .

فصل

قال : « ويقطع النبّاش إذا أخرج الكفن . . . إلىٰ آخره »[٥] .

١١١٢١ـ إذا نَبَش قبراً في بيت وثيق يعدّ حرزاً ، وأخرج الكفن من القبر ، ثم من البيت ، وجب القطع عليه ؛ إذا بلغ المأخوذ نصاباً . وإن نبش قبراً في مقبرة محفوفة بالعمارة يخلُف الطارقين عنها في زمان يتأتّىٰ في مثلهِ النبش ، أو كان عليها حراس مرتبون ، فهي بمثابة البيت .

وإن كانت المقبرة علىٰ طرف العمارة ، فإن كان لها حارس ، فهي محرزة ، وإلا **فوجهان** : **أحدهما** ـ أنها ليست محرزة . **والثاني** ـ أنها محرزة لأن الطروق ليس نادراً

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧١ .

(٢) ر . الإشراف : ٢/ ٩٤٩ مسألة ١٩٠٩ ، عيون المجالس : ٥/ ٢١٣٧ مسألة ١٥٥١ .

(٣) في الأصل : « سعيد بن جبير » ، والتصويب من كتب الحديث والآثار .
وسعيد بن العاص هو سعيد بن العاص بن سعيد بن أمية ، صحابي ، توفي الرسول صلى الله عليه وسلم ولسعيد تسع سنين ، وهو أحد الذين كتبوا المصحف لعثمان . ولي الكوفة في عهد عثمان ، والمدينة في عهد معاوية . توفي سنة ٥٩ ، وقيل سنة سبع أو ثمان وخمسين ، رضي الله عنه (ر . تهذيب الأسماء واللغات : ١/ ٢١٨ ، الإصابة : ٢/ ٤٧) .

(٤) أثر عبد الله بن عمر رواه الشافعي (ترتيب المسند ٢/ ٨٣ رقم ٢٦٩ ، وعبد الرزاق في مصنفه (١٨٩٧٩) . وانظر التلخيص ٤/ ١١٤ ، ح ٢٠٦١) .

(٥) ر . المختصر : ٥/ ١٧١ .

فيها ، ومن يتعاطى النبش ظاهرٌ غير مستتر ، وينضم إلىٰ ذلك مهابة المدافن في النفوس .

ش ٧٩ وإن كان القبر منبوذاً في مضيعة ، فالذي ذهب إليه/ **جماهير الأصحاب** أن الكفن ضائع غيرُ محرز ، وسمعت **شيخي** يحكي وجهاً أنه محرز ، وكنت أستبعده حتىٰ رأيته مختاراً **للقاضي** ، واستمسك فيه بما لا يليق بقدره ؛ فإنه قال : لا يعد الكفن مُضَيَّعاً ، وهٰذا الذي ذكره ليس لصون الكفن ، وإنما هو لضرورة الحال ، وأشار إلى استشعار المهابة من القبور ولا ثبات لمثل هٰذا .

فهٰذا منتهى الكلام فيما يحرز من القبور ، وفيما لا يعد محرزاً .

١١١٢٢ـ فإن قيل : لو وضع في القبر شيء من جنس الكفن ، فهل يكون محرزاً ؟ قلنا : إن كان في بيت فبلىٰ[1] ، وإن كان معرضاً للبلىٰ .

وإن كان في مقبرة صونُها باللحظ والطروق ، فالمذهب أنه ليس محرزاً ؛ رجوعاً إلى العادة ؛ فإن الأكفان اجتمع فيها ضرورة الدفن ، ومسيسُ الحاجة ، والصونُ بالطارقين ، فلا يمتنع في حكمة الشرع التغليظ على النباش تحقيقاً للصون ، وهٰذا لا يتحقق حيث لا ضرورة .

وحكم **بعض الأصحاب** بكون المدفون في القبر محرزاً إذا كان من جنس الكفن ، وهو بعيد لا تعويل عليه .

وإن فرض إسرافٌ في الكفن ، نظر : فإن كان من جهة الزيادة على الأعداد المرعيّة في الرياط[2] ، فالزائد ليس محرزاً على الرأي الظاهر ، والاحتساب في الأعداد المرعية بما يلي الميت إلى الانتهاء إلى الحد المعتبر في الكمال .

وإن كان الإسراف من حيث القيمة ، ونفاسة الثوب ، فقد قال **الأصحاب** : يجب

---

(١) فبَلَىٰ : بمعنىٰ : فنعم ، وهو جائز ، وعليه شواهد من حديث البخاري ، وقد قدمنا هٰذا البحث من قبل .
والمعنىٰ هنا : إن كان القبر في بيت ، فالثوب محرز ، وإن كان معرضاً للبلىٰ .

(٢) رياط : جمع ريطة ، وهي الملاءة : قطعة من القماش ، وليست لِفْقَين (المصباح والمعجم) .

القطع بأنه كفن ، وكان **شيخي** إذا روجع في ذلك تردد ؛ إذ لا حاجة إلىٰ تعريض الديباج ودِقّ[١] مصر للبلىٰ ، وقد ذكرنا أن الحاجة مرعيةٌ في الباب ، والأصح غير هـٰذا .

ثم إنما يجب القطع على النباش إذا فصل الكفن عن [القبر][٢] بالكلية ، فإنه بجملته حرز ، ولا يقع الاكتفاء بالفصل عن اللحد .

١١١٢٣ـ [وتكلم][٣] **الأصحاب** في مالك الكفن ، وحاصل المنقول عنهم **أوجه** : **أصحها** ـ أن الكفن ملك الورثة غيرَ أن الميت أحق به لكونه متعرّضاً لحاجته ، ولا يملك الوارث النزعَ والإبدال بعد المواراة ؛ لما فيه من الهتك ، وغض الحرمة ، ودليل هـٰذا أن الميت لو افترسه/ السبع فالكفن المطروح للورثة . ٨٠ ي

ومن **أصحابنا** من قال : الكفن ملك الميت ؛ لأنه مستغرَق بحاجته وإبقاء الملك له كما في إبقاء الدين عليه ، مع وقوع اليأس من طلبته . وهـٰذا القائل يعتذر من افتراس السبع ، ويقول : إذا انقطعت حاجة الميت ، فلا مصرف أقرب من الورثة ، ويَرِدُ عليه أن الميراث مستند إلىٰ حالة [الموت][٤] ، وتعتبر تلك الحالة في [الوراثة][٥] ، ولا يعتبر ما بعدها ، وقد يعترض علىٰ ذلك التعلق بأسباب العدوان كاحتفار البئر في الحياة ، وفَرْضِ التردّي فيها بعد الموت ، ولا يخفىٰ هـٰذا المحالّ .

ومن **أصحابنا من قال** : الكفن ملكٌ لا مالك له .

ثم قَطْع السرقة واجب على النباش على الوجوه الثلاثة .

١١١٢٤ـ فإن قلنا : الملك للوارث ، فحق المخاصمة له ، وإن قلنا : الملك

---

(١) دقّ مصر : كذا وجدته عند الغزالي في البسيط غير مشروح ، ولم أجده عند الرافعي ولا في مختصر العز بن عبد السلام ، ولا في المعاجم ، ولا في غريب ألفاظ الشافعي ، وواضح من السياق أن المقصود به نوع من جيد الأقمشة ورقيقها ، كان يجلب من مصر . والله أعلم .
(٢) في الأصل : « الغير » .
(٣) في الأصل : « فتكلم » .
(٤) في الأصل : « الميت » .
(٥) في الأصل : « الورثة » .

فيه لله تعالىٰ ، فقد قال **القاضي** : المخاصمة للإمام ، ومن يقيمه الإمام . وإذا قلنا : الملك للميت ، ففي من يخاصم وجهان : **أحدهما** ـ أن الوارث يخاصم . **والثاني** ـ أن الإمام يخاصم ، والمخاصَمة التي أطلقناها سيأتي شرحها في باب جحد السرقة ، فإنا لا نقيم القطع ما لم يُخاصِم مخاصم عن المسروق ، وإذا قلنا : يخاصم الوارث والملك له ، فهـٰذا قياسٌ بيّن ، وإن قلنا : يخاصم الإمام ، ففيه إشكال ؛ فإنا إنما نتردد في محل ملك الكفن وهو مدرج فيه ، وأما إذا أخذه النباش ، فيجب أن يقال : للوارث أن يبدله بمثله أو [بخيرٍ منه][1] كما لو فرض الافتراس ، فإن ذهب من يصير إلىٰ أن الملك للميت ، أو لله إلىٰ أن تلك الأكفان يجب ردها بأعيانها ، فهـٰذا كلام عري عن التحصيل وإن صح هـٰذا ، فالتفريع في تعيين المخاصم صحيح ، والوجه عندي أن للوارث أن [يبدله][2] ، فعلىٰ هـٰذا يجب القطع بأنه المخاصم لا غير[3] .

هـٰذا إذا كُفِّن من ماله الذي خلفه .

١١١٢٥ـ فإن كفن من مال بيت المال ، فعلى النباش القطع إذا أخذ ذلك الكفن بخلاف ما لو سرق من مال بيت المال ؛ فإن فيه/ تفصيلاً يأتي ، إن شاء الله تعالىٰ ، والفرق أن المال في بيت المال عرضة للحقوق كافّة ، وإذا صرف شيء منه إلىٰ كفن ميت ، فقد انقطع عن ذلك المقدار الحقوقُ العامة ، وهـٰذا كما لو صرف إلىٰ فقير ثوب ليستتر به فإذا اختص به وملكه ، قطع سارقه ، وإن كان لا يقطع لو أخذه من بيت المال . ش ٨٠

---

(١) مكان كلمة غير مقروءة بالأصل ، صورتها هـٰكذا : (بحر بلىه) بهـٰذا الرسم وبدون نقط (انظر صورتها) .

(٢) في الأصل : « يبدل » .

(٣) نقل الرافعي كلام الإمام هـٰذا بشيء من التصرف ، ونحن نورده بنصه ، قال : « وزاد الإمام فقال : إن كان من يذهب إلىٰ أن الملك في الكفن للميت أو لله تعالىٰ يقول : يتعين ردّه بعد ما أخذه النباش إلى الميت ، ولا يجوز للوارث إبداله بغيره . فالتفريع والخلاف في أن الخصم مَنْ هو صحيح ، لـٰكن هـٰذا قول عري عن التحصيل ، والوجه عندي أن للوارث إبداله ، بعد ما انفصل عن الميت ، وحينئذ فيجب القطع بأنه الخصم لا غير » (ر . الشرح الكبير : ٢٠٧/١١) .

ثم الخصومة إلى الإمام .

ولو افترسه سبع ، عاد ملكاً لبيت المال ، وهـٰذا فيه توقيف ؛ من جهة أنا ذكرنا أن الأصح أن الكفن المأخوذ من التركة مبقًّىٰ علىٰ ملك الوارث ، فيلزم من هـٰذا القياس أن نقول : الكفن مبقىٰ علىٰ [ملك][1] بيت المال ، وإنما للميت فيه حق الاختصاص ، فيتجه أن نقول : لا قطع علىٰ سارقه إذا كان بحيث لو سرق من بيت المال [لم يقطع][2] ، وإذا فرعنا علىٰ أن الكفن المأخوذ من التركة ملك الوارث ، فلو نبش الوارث وأخذ ، لا قطع عليه ، ولو أخذه ابنه ، فكذلك .

١١١٢٦ـ ولو كفن الميتَ رجل محتسب ، فإذا سرق سارق ذلك الكفن ، استوجب القطعَ ، والخصومةُ إلىٰ ذلك المحتسب ، هـٰكذا ذكره **المحققون** . وفيه بحث يُطلع علىٰ سر الفصل ، وذلك أن الكفن إذا كان مأخوذاً من التركة ، انتظم الوجوه الثلاثة فيها ، ومن جملتها أن الملك للميت ، وهـٰذا منزل علىٰ أن ذلك القدر مستبقىً علىٰ ملكه لحاجته .

وإذا جرى التكفين من بيت المال أو كفّنه محتسب ، فتقدير استدامة ملكٍ كان في الحياة غير ممكن هاهنا إذا[3] لم يكن الكفن ملكَه في حياته ، وابتداء تمليك الميت عسر علىٰ غير مذهب الاستدامة ، فينقدح في الملك **وجهان** إذا كان المكفِّن محتسباً : **أحدهما** ـ أن الملك باقٍ للمحتسب ، **والثاني** ـ أنه زائل عنه ، وليس مضافاً إلى الميت ، بل هو ملكٌ لا مالك له ، فعلىٰ هـٰذا يعود ما يتفرع علىٰ هـٰذين الوجهين ، وفي كلام **الأصحاب** ما يدل علىٰ أنه لا يخرج زوال الملك حتىٰ يكون الكفن ملكاً لا مالك له ، فإن ابتداء إزالة الملك علىٰ هـٰذا الوجه عسر ، فعلىٰ هـٰذا لا يبقىٰ إلا الحكم ببقاء ملك المحتسب ، وهـٰذا الوجه/ وهو مصير الكفن ملكاً لا مالك ، فقد يظهر خروجه إذا كان التكفين من بيت المال ، فإنه معتدٌّ لهـٰذه الجهات ، وليست هي مضافة إلىٰ مالك متحقق . ٨١ ي

---

(١) في الأصل : « حكم » .
(٢) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .
(٣) إذا : بمعنىٰ إذ .

فانتظم من ذلك طرق : **إحداها** ـ أن الأوجه الثلاثة تجري في المحتسب المكفِّن ، وفي بيت المال ، كما ذكرناه في كفن التركة . **والطريقة الثانية** ـ أنه يتخلف من الوجوه تمليك الميت . **والأخرىٰ** ـ أنه يتخلف القول بأنه ملكٌ لا مالك له أيضاً ، ولا يبقىٰ إلا مسلكٌ واحد ، وهو تبقية الملك علىٰ ما كان عليه قبل التكفين ، **والطريقة الأخرىٰ** ـ الفرق بين بيت المال وبين المحتسب ، كما تقدمت الإشارة إليه .

فَرْعٌ : **١١١٢٧**ـ من جمع من البذور المبثوثة في الأرض ما يبلغ نصاباً ، والمكان مصون صَوْنَ مثله ، ففي وجوب القطع **وجهان** : **أصحهما** ـ الوجوب ، ووجهه بيّن . **والثاني** ـ لا قطع ؛ لأن مقرّ كل حبةٍ في حكم الحرز لها ، فمن جمع من الحبات ما يبلغ نصاباً بمثابة من يسرق مالاً من أحرازٍ ولا يسرق من حرزٍ نصاباً كاملاً .

* * *

باب
قطع اليد والرجل في السرقة

قال الشافعي : « أخبرنا بعض أصحابنا . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١١٢٨ـ مذهب **الشافعي** أن اليدين والرجلين مستوفاة في كَرَّات **السرقة** علىٰ ما سنذكر تفصيلَ استيفائها . والأصل في ذلك ما رواه الشافعي بإسناده عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **من سرق فاقطعوا يدَه ، ثم إن سرق ، فاقطعوا** رجله ، **ثم إن سرق ، فاقطعوا يده ، ثم إن سرق ، فاقطعوا** رجله » ، فالأطراف الأربعة مستوفاة ، وفي بعض الروايات أنه صلى الله عليه وسلم قال في الكرّة الخامسة : « **فإن سرق ، فاقتلوه** »[٢] . وقيل : **للشافعي** قول قديم أنه يقتل في المرة الخامسة ؛ تعويلاً علىٰ هـٰذه الرواية ، فإن معتمد الباب الخبر ، ولـٰكن هـٰذا القول في حكم المرجوع عنه ، فلا اعتداد به ، **وتلك الزيادة شاذة** ، لم يتعرض لها **الشافعي** .

فإذا سرق أربع مرات ، واستوفينا أطرافه وعاد وسرق ، بالغنا في تعزيره . وإن رأى الإمام أن يحبسه ، فعلىٰ ما سنصف الحبسَ الواقعَ تعزيراً في كتاب الأشربة ، إن شاء الله .

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧١ .

(٢) حديث « من سرق ، فاقطعوا يده ، ثم إن سرق . . . » رواه الشافعي ، والدارقطني علىٰ نحو ما ساقه الإمام ، وأما الرواية التي يشير إليها الإمام بزيادة (فاقتلوه) فهي عند الدارقطني من حديث جابر ، وقد ضعفها ، وكذا جاءت في رواية أبي داود والنسائي بغير سياق الإمام ، وقد ضعفها الحافظ ، ونقل عن ابن عبد البر قوله : حديث القتل منكر لا أصل له . (ر . معرفة السنن والآثار : ٦/ ٤٠٩ـ٤١٠ ، سنن الدارقطني : ٣/ ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٣٧ ـ ١٣٨ ، أبو داود : الحدود ، باب في السارق يسرق مراراً ، ح٤٤١٠ ، النسائي : قطع السارق ، باب قطع اليدين والرجلين من السارق ، ح٤٩٧٨ ، التلخيص الحبير : ٤/ ١٢٧ ، ١٢٨ ح ٢٠٨٧ ، ٢٠٨٨) .

ش ٨١ فإذا تمهد أصل المذهب/ ، فمن سرق وأطرافه الأربعة سليمة ، قطعنا يده اليمنىٰ ، في الكرة الأولىٰ ؛ فإن اعتماد التناول عليها ؛ فلما كانت هي الآخذة ، كانت هي المأخوذة في الحد .

فإذا سرق مرة أخرىٰ ، فاليد اليسرىٰ أقرب إلى التناول والأخذ ، ولٰكن لو أخذناها ، واستوعبنا جنس اليد ، لعظُم الضرار ، ولكان هـٰذا في حكم ضم عقوبةٍ إلىٰ عقوبةٍ ، يعني الاستيعاب بالقطع ، فَمِلْنا إلى الرجل ؛ فإن غَناءها في السرقة بيّن ، وأثرها يلي أثر اليد ، فنَقطع في المرة الثانية رجلَه اليسرىٰ ، **لأصلين** : **أحدهما** ـ أنا وجدنا أثر قطع اليد والرجل دفعةً واحدة في الحرابة علىٰ هـٰذا الوجه والأخذة الواحدة مجاهرةً معدَّلةٌ بسرقتين . **والثاني** ـ أن الأخذ إذا وقع علىٰ خلافٍ أمكن أخذُ خشبة باليد الأخرىٰ والاتكاء عليها في المشي، وإذا وقع القطع عن وفاق ، لم ينتظم هـٰذا الغرض .

فإذا عاد فسرق مرة ثالثة ، لم نجد بُدّاً من استيعاب جنس [اليد][1] ، فعدنا إلى اليد ، كما بدأنا به أول مرة ، فنقطع اليد اليسرىٰ ، ثم نقطع في الرابعة الرجل اليمنىٰ ، هـٰذا هو الترتيب المستحق في قطع الأطراف .

١١١٢٩ـ ثم إذا سرق في المرة الأولىٰ ويمناه سليمة ، قطعناها ولو كان عليها إصبع واحدة ، اكتفينا وقطعنا اليدَ من المعصم .

ولو كان يمناه كفّاً ، بلا أصابع ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنا نكتفي بقطعها ، كما لو كان عليها إصبع ، ويحصل بهـٰذا القطع الإيلام التام ، والتنكيل . **والثاني** ـ لا نقطعها ؛ فإنها كالعديمة ؛ إذ لا مقدّر فيها[2] ، وننتقل إلى الرجل ، كما نفعل ذلك في الكَرّة الثانية ، ولا خفاء أنا نقطع الرجلَ اليسرىٰ .

ولو كان على اليمين إصبعٌ زائدة ، قطعنا اليد ، ولم نبال بتلك الزيادة ، وهـٰذا يعادل اكتفاءنا بكف عليها إصبع ، واستحقاقُ اليد في السرقة لا يشبه استحقاقها في القصاص ؛ فإنا نَرْعَىٰ في القصاص التساوي في الخلقة والسلامة ، فلو قطعنا يداً عليها زيادة خلقية بيد معتدلة ، لقابلنا يداً وزيادة بيد .

---

(١) زيادة من المحقق .

(٢) لا مقدّر فيها : أي ليس في قطعها أرشٌ مقدّر .

ولو كانت اليد اليمنىٰ شلاء ، فإن كنا نخاف نزف الدم لو قطعناها ، لم نقطعها ، وقدّرنا كأنه سرق ولا يمنىٰ له ، وإن لم نخف نزفَ الدم ، فالذي ذكره **الأصحاب** أنا نكتفي باليمين الشلاء إذا كانت ذات أصابع/ ، وفي هـٰذا احتمال ؛ من جهة أنه لا تَقَدُّرَ فيها ، وليست عاملة ، فإذا سقط العمل ، [وتَقُدُّرُ][1] الأرش أمكن أن يقال : لا اكتفاء بها .

٨٢ ي

والأظهر الاكتفاء ؛ فإن من قطعت يده السليمة ، وكانت يد القاطع شلاء ، فاكتفىٰ بها مستحق القصاص ، وقعت موقع الإجزاء ، فإذا لم يبعد اكتفاء مستحق القصاص بالشلاء ، لم يبعد اكتفاء الشرع بقطع الشلاء في السرقة ، والعلم عند الله تعالىٰ .

ولو كان على الساعد اليمنىٰ كفّان ، فقد قال **الأصحاب** : نقطعهما . ونعلم أن الأصلية إحداهما ، ولا مبالاة بالأخرىٰ إن قطعناها ؛ لما ذكرناه من أن اليمين لو كانت عليها إصبع زائدة ، لقطعناها ، ولم نحتفل بتعطيل الإصبع الزائدة .

وهـٰذا فيه تفصيل عندنا : فإن كانت اليد الأصلية بيّنة ، فأمكن قطعها ، فلا سبيل إلىٰ قطع الأخرىٰ ، وإن كان لا يتأتىٰ قطع الأصلية إلا بقطع الزائدة [فهل نقطعهما حينئذٍ][2] إن كان قد أشكل الأصلي منهما ؟ فالذي رأيته **للأصحاب** أنا نقطعهما ليتحقق قطع اليد المستحقة ، ولا مبالاة بإبانة الزائدة . وهـٰذا ظاهر التوجيه ، فليتأمله الناظر .

١١١٣٠ـ ثم مذهب **العلماء** أن قطع اليد من مفصل الكوع ، وقطع الرجل من الكعبين ، وذهب **بعض أصحاب الظاهر** إلىٰ أن اليد تقطع من المنكب[3] ، وهـٰذا

---

(١) في الأصل : « وتعذر » . ومعنىٰ سقط تقدّر الأرش : أي أن اليد الشلاء ليس في الجناية عليها بقطعها أرش مقدّر ، بل سقط بالشلل أرشها الذي هو نصف الدية .

(٢) عبارة الأصل : « . . . إلا بقطع اليد الزائدة حينئذ نقطعهما » . والتصرف بالتقديم والتأخير والزيادة من المحقق .

(٣) لم نجد هـٰذا الذي نسبه الإمام إلى الظاهرية عند ابن حزم وهو عمدتهم ومحصل آرائهم ، بل وجدناه ينسب هـٰذا القول إلى الخوارج (المحلىٰ : ١١/ ٣٥٧) . لـٰكن هـٰذا لا يطعن فيما قاله الإمام ، حيث قال : « وذهب بعض أصحاب الظاهر » فلعل هـٰذا كان قولاً لبعض الظاهرية ، ثم هُجر منهم .

مذهب متروك ، وقد ذكرنا في مواضع من الأصول والفروع ، أن **أصحاب الظواهر** ليسوا من علماء الشريعة ، وإنما هم [نقلة][(١)] إن ظهرت الثقة بهم .

ثم ينبغي أن نمد اليد والرجل حتىٰ تنخلع ، ثم تربط الجارحة علىٰ خشبة حتىٰ لا تضطرب ، أو علىٰ ما تيسّر .

١١١٣١ـ ثم الحسم لا بد منه ؛ إذ ينقطع بفصل اليد شرايين لا يَرْقَأُ دمُها إلا بالحَسْم ، والحَسْمُ أن يغلى الزيت بالنار ، ويغمس موضع القطع فيه ، فتنسد أفواه العروق ، واختلف **الأصحاب** في أن الحسم حق لله تعالىٰ أو من حق المقطوع : **فمنهم من قال** : هو تتمة حق الله تعالىٰ ، وفيه مزيد إيلام مع رعاية مصلحة ، وهـٰذا القائل يستشهد بأن السلاطين ما زالوا يفعلون هـٰذا في المقطوع/ أطرافُهم لا [يتركونه ، فتُحسم][(٢)] أيديهم على الكُرْه منهم ، ولم يتعرضوا لهـٰذا في قَطع الأيدي قصاصاً . ش ٨٢

ومن أصحابنا من قال : هـٰذا حقٌّ للمقطوع ، وهو الظاهر ؛ لأن الحد إنما هو القطع ، ولا يخفىٰ على المنصف أن الحسم استصلاحٌ ومعالجة . فإن قيل : إذا عرّض الإنسان نفسه للهلاك ، فللسطان أن يمنعه عنه قهراً ، وترك الحسم تعرّضٌ للهلاك ؟ قلنا : ليس الأمر علىٰ هـٰذا الإطلاق ؛ فإن الضعيف قد يهلكه ألم الحسم ، والسعيُ في قطع الدم ممكن بوجه [آخر][(٣)] ، والمالك لأمر نفسه لا يتعرض السلطان لتخير معالجته .

التفريع : إن حكمنا بأن الحسم حقُّ المقطوع ، فالأمر إليه فيه : إن أراده ، فالمؤنة عليه .

وإن قلنا : الحسم من حق الله تعالىٰ ، فالمؤنة فيه بمثابة مؤونة الجلاد ، وقد سبق الخلاف في أن مؤونة الجلاد علىٰ من ؟

ثم إذا قطعت يد السارق ، ففي بعض الآثار أن يده المقطوعة تعلّق في رقبته ؛

---

(١) في الأصل : « نقلته » .
(٢) في الأصل : « لا يزيدونه فحسم » .
(٣) زيادة من المحقق .

تنكيلاً به(١) ، وقد اختلف أئمتنا في هٰذا : فمنهم من لم يصحح الخبر ، ولم ير هٰذا ، ومنهم من رآه ، ولا ينتهي الأمر إلى الإيجاب في ذلك ، ولٰكنه إلىٰ رأي الإمام . ثم أشار هٰؤلاء إلىٰ أنه تبقىٰ في عنقه ثلاثة أيام .

١١١٣٢ـ ومما يتعلق بذلك أن السارق إذا استحق قطع يمينه ، فلو لم يتفق قطعُ يمناه حتىٰ سقطت بآفة سماوية ، فالذي اتفقت عليه الطرق أن الحد سقط في هٰذه الكرّة ؛ فإن اليمين كانت مستحَقَّة ، وقد سقطت ، فسقط الحد عقوبة بسقوط محله .

ونص الأصحاب علىٰ أن من استحقت يده قصاصاً ، واستحقت يده حداً ؛ فإذا قطعت يده قصاصاً ، سقط الحد بفوات المحل في القصاص . وفي بعض التصانيف أن اليمين إذا سقطت بعد الاستحقاق ، فإنا [نَعْدل](٢) إلى الرجل اليسرىٰ ، فنقطعها ، ونجعل كأنه سرق ولا يمين له ، ولو كان كذلك ، لتعلق الوجوب بالرجل اليسرىٰ .

وهٰذا غلطٌ لا مراء فيه ، والمذهب الذي عليه التعويل ما ذكره الأصحاب .

ومما نذكره متصلاً بذلك أن من سرق أول مرة ، فقال له الجلاد : أخرج يمينك فأخرج يساره ، فقطعها الجلاد ، نص في الأم علىٰ سقوط قطع السرقة وحكىٰ الحارث بن سريج النقال ، وقيل/ البقال(٣) : إن الجلاد إن تعمد ذلك فعليه القصاص ٨٣ ي

---

(١) خبر تعليق اليد المقطوعة . رواه أصحاب السنن من حديث فضالة بن عبيد « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بسارق فأمر به فقطعت يده ، ثم علقت في رقبته » . وقد ضعفه الحافظ ، ثم نقل عن الرافعي كلامَ الإمام في النهاية وعقّب قائلاً : « هو كما قال : لا يبلغ درجة الصحيح ولا يقاربه » ا .هـ (ر . أبو داود : الحدود ، باب في تعليق يد السارق في عنقه ، ح٤٤١١ ، النسائي : قطع السارق ، باب تعليق يد السارق في عنقه ، ح٤٩٨٢ـ٤٩٨٣ ، الترمذي : الحدود ، باب ما جاء في تعليق يد السارق ، ح١٤٤٧ ، ابن ماجه : الحدود ، باب تعليق اليد في العنق ، ح٢٥٨٧ ، التلخيص : ٤/ ١٢٩ ح ٢٠٩٠) .

(٢) في الأصل : « نعد » . والمثبت من بسيط الغزالي .

(٣) الحارث بن سريج النقال (بالنون والقاف) ، أبو عمرو البغدادي ، الخوارزمي ، روىٰ عن الشافعي ، وسمّي بالنقال لأنه نقل (رسالة الشافعي) إلىٰ عبد الرحمـٰن بن مهدي . توفي سنة ٢٣٦هـ . هٰذا . ولم نجد في كتب الطبقات من أشار إلى الاختلاف في لقبه بين النقال ، والبقال ، مما يجعلنا نتوقف في الأمر ونظن ظناً أن الترديد بين الإمامين : النقال ، والقفال ، وليس بين اللقبين ، وكأن المعنىٰ : وقيل عن القفال . فالرافعي ذكر هٰذه المسألة بعينها =

في اليسرىٰ ، وقطع السرقة باقٍ في اليمين ، وإن قال : دهشت فحسبت أن الذي قطعته اليمين ، وجبت الدية بسبب قطع اليسرىٰ ، وقطع السرقة باقٍ في اليمين : فحصل **قولان** : **أحدهما** ـ أن قطع السرقة لا يسقط ، كما لا يسقط القصاص لو وجب في اليمين بالعدول في اليسرىٰ . **والثاني** ـ يسقط الحد ، وهو ظاهر النص في الأم .

وقد استقصيت مسألة الدهشة في القصاص [والحد](1) في كتاب الجراح ، وأتينا بها على الاستقصاء ، وأوضحنا أن اختلاف القول فيه إذا جرى القطع على الدهشة ، ثم فصّلنا الدهشة .

فأما إذا جرىٰ قطع اليسار عمداً علىٰ علم ، فالحد باقٍ ، والقصاص واجب .

وحكىٰ **العراقيون** عن **أبي إسحاق المروزي** أنه قال مفرِّعاً علىٰ أن القطع لو صادف اليسرىٰ غلطاً ، لسقط الحد : لو سقطت اليسرىٰ قبل اليمين بأَكِلَةٍ(2) ، لم يمتنع أن يكون سقوطها بالآفة بمثابة غلط الجلاد إليها بالقطع ، وهـٰذا سخيف لا اعتداد به ، وقد زيفه **العراقيون** فيما نقلوه .

فَصْلٌ

قال : « ولا يقطع الحربي إذا دخل إلينا بأمان . . . إلىٰ آخره »(3) .

١١١٣٣ـ العقوبات **ضربان** : حق الله تعالىٰ ، وحق الآدمي ، كحد القذف ،

= مرتين ، مرة في الكلام على استيفاء القصاص ونقل الحكم بعدم الاكتفاء بقطع اليسار منسوباً إلى القفال ثم أعادها في آخر حدّ السرقة وذكر الحكم عينه وقال : إنه يروىٰ عن الحارث بن سريج النقال (وهو في مطبوعة الشرح الكبير : ابن سريج القفال ، خطأً) وقد أشار الإسنوي في ترجمته للنقال إلىٰ هـٰذا الاحتمال في كلام الرافعي . (ر . طبقات العبادي : ١٩ ، طبقات الشيرازي : ٨٣ ، طبقات السبكي : ٢/١١٢ ، طبقات ابن كثير : ١/١٢٦ ، طبقات الإسنوي : ١/٢٣ ، طبقات ابن قاضي شهبة : ١/ ٦٠ ، طبقات ابن الملقن : ٢١٩ ، الشرح الكبير للرافعي : ١٠/ ٢٨٧ ، ١١/٢٤٦) .

(١) في الأصل : « والحيد » .

(٢) الأَكِلة : بفتحٍ ثم كسر ، داءٌ في العضو يأتكل منه (القاموس) .

(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٧١ .

والقصاص ، فإذا صار سببهما من الذمي والمعاهد ، وجبا عليهما وفاقاً .

فأما العقوبات التي هي حدود الله تعالىٰ ، فهي أقسام : **منها** حد الشرب ، وقد قال **المحققون** : لا يجب على الذمي حد الشرب ، لأنه يعتقد حِل الخمر ، وقد ذكرنا خلافاً بعيداً في ذلك .

وقد ذكرنا نصَّ **الشافعي** علىٰ أن الحنفي إذا شرب النبيذ حُدّ ، وذكرنا تخريجاً في هـٰذا ، والذي نزيده أن من **أصحابنا** من قال : إنما أحد الحنفيّ إذا شرب وسكر ؛ فإن ما يُعقب السكرَ حرام وفاقاً ، فيعود الخلاف إلىٰ نفي الحد ووجوبه ، والخلاف في الحد لا يمنع الإمام من الجريان علىٰ موجَب عقده في استيفاء الحد ، وهـٰذا فيه تأمّل ؛ فإنا إن لم نجر علىٰ نص **الشافعي** أن الحنفي يحد إذا شرب وإن لم يُسكر ، فالحكم بتحريم المقدار المسكر علىٰ رأي **أبي حنيفة** عسر ، وللاحتمال على الجملة مجال ، والمعتمد النص . هـٰذا قولنا في حد الشرب .

١١١٣٤ـ فأما قطع السرقة ، فإنه يجب على الذمي ، فإن سرق من مال المسلم ، قطعه الإمام ، ولا يتوقف الأمر علىٰ رضاه بحكمنا ؛ فإن الذمي مزجور عن التعرض لمال المسلم بالحد/ ، فلو توقف الحد علىٰ رضاه ، لبطل هـٰذا المعنىٰ ، وإذا سرق الذمي من الذمي ، فذاك مما يتوقف إقامة الحد فيه علىٰ ترافعهما ، ثم يجري القولان في أنا هل نحكم على الممتنع إذا ارتفع إلينا الخصم المطالِب في المال ؟[1] . ٨٣ ش

وكذلك لو زنى الذمي بمسلمة ، فالوجه عندنا القطعُ بإقامة الحد عليه ؛ لما حققناه في السرقة ، فأما إذا زنىٰ بكافرة ، فيقع ذلك في تفصيل حكمنا عليهم قهراً واختياراً .

ثم كما يجب على الذمي القطع بسرقة مال المسلم يجب على المسلم القطع بسرقة

---

(١) كذا . والمعنىٰ علىٰ أية حال : إذا ارتفع إلينا الخصم المطالب في السرقة .
وقد نقل الرافعي هـٰذه العبارة عن الإمام قائلاً : « وأشار الإمام إلى القطع فيما إذا سرق مال مسلم ، بأنه يقطع ، ولا يتوقف الأمر علىٰ رضاه ، وذكر أنه إذا سرق مال ذمي ، فإنما يقطع إذا ترافعوا إلينا ، ويجري القولان في إجبار الممتنع إذا جاءنا الخصم » (ر . الشرح الكبير : ١١/٢٢٥) .

مال الذمي ، فالعصمة [لماله][1] والحد لله تعالىٰ ، وليس مبنياً علىٰ معنى المكافأة بخلاف القصاص .

وفي كلام **أصحابنا** ما يدل علىٰ أنا لا نفصل بين زنا الذمي بمسلمة أو ذمية في رد الأمر إلى القولين في قهرهم إلىٰ أحكامنا ، ويؤول الكلام إلىٰ أن عهده هل ينتقض ؟ وهـٰذا غلط لا يعتقده خبير بسر المذهب ؛ فإنا إذا لم نر إقامة الحد قهراً ـ وليس في حق الله تعالىٰ خصمٌ مطالِب إلا الإمام ـ لجرّ ذلك فضيحةً عظيمة ، والحكم بانتقاض عهده لا نراه شيئاً مع أنه يطلب الذمة فنجددها له ، ولا وجه إلا ما قدمناه .

وهـٰذا كلام في الذمي المؤبد العهد .

١١١٣٥ـ فأما المعاهَد إذا سرق ، فقد تعارضت النصوص فيه ، والحاصل مما ذكره **الأصحاب ثلاثة أقوال** : **أحدها** ـ أن الحد لا يجب عليه ؛ فإنه بالعهد المؤقت لم يلتزم الاستسلام لأحكام الإسلام ، وحدود الله تعالىٰ ، وإنما تقام[2] علىٰ ملتزم . **والقول الثاني** ـ أنه يقطع كالذمي ؛ فإنه حال السرقة في عهد ، وموجَب العهد العصمة ، ومن الوفاء بها التزامُ الزواجر عند ركوب موجِباتها . **وذكر أصحابنا قولاً ثالثاً** ـ أنه إن شرط عليه القطع لو سرق ، لزمه ، وإن لم يشرط عليه القطع لو سرق ، لم يلزمه .

ولو سرق المسلم مال المعاهد ، فالتفصيل فيه كالتفصيل في المعاهد إذا سرق مال المسلم ؛ إذ يبعد أن يُقطع المسلم في مال المعاهد ، ولا يقطع المعاهد في مال المسلم .

ولو زنى المعاهد بمسلمة ، **فلأصحابنا طريقان** : **منهم** من أجراه مجرى السرقة ، **ومنهم** من رأى القطعَ بأن حدّ الزنىٰ لا يتوجه عليه/ ؛ لأنه محض حق الله تعالىٰ ، ولا يتعلق بطلب الآدمي وخصومته . ي ٨٤

ولا خلاف أن ما أخذه المعاهد أو أتلفه من المال ، فهو مطالب بالأحكام المالية ، وإنما التردد الذي ذكرناه في العقوبة التي تجب لله تعالىٰ .

---

(١) في الأصل : « ماله » .
(٢) في الأصل : « تقدم » .

فصل

١١١٣٦ـ العين الواحدة إذا تكررت السرقة فيها ، فيتكرر القطع عندنا سواء سرقها من مالكين أو مالك واحد ، وخلاف أبي حنيفة[1] مشهور في ذلك ، وكل سرقة عندنا جريمة علىٰ حيالها ، ثم لا يشك الفقيه أن ما ذكرناه في تخلل الحدّ بين السرقتين ؛ فإنه لو سرق مراراً ، ولم يتفق استيفاء الحد منه ، فإنا لا نقيم عليه إلا حداً واحداً ، فنقطع يمناه ، وتكرر السرقات من غير تخلل قطع بمثابة سرقة نُصب بدفعة .

* * *

(١) ر . الهداية : ٢/٤١٣ ، المبسوط : ٩/١٦٥ .

باب[1]
الإقرار بالسرقة والشهادة عليها

قال الشافعي رحمه الله : « لا يثبت علىٰ سارق حد إلا بأن يثبت علىٰ إقراره . . . إلىٰ آخره »[2] .

١١١٣٧ـ لا شك أن وجوب القطع واستيفاءه يترتب علىٰ ثبوت السرقة الموجبة له ، والسرقة تثبت بالإقرار ، أو البيّنة ، ثم الإقرار ينقسم **قسمين** : إقرارٌ قبل الدعوىٰ ، وإقرار بعدها ، وكذلك البيّنة تنقسم علىٰ هـٰذا الوجه ، وسنستوفي الأقسام ، ونأتي في كل قسم بما يليق به .

ونقول أولاً : إذا ادعىٰ مالك مالِ السرقةَ علىٰ إنسان ، فلا يخلو ، إما أن يكون له بينه أو لا يكون له بيّنة ؛ فإن لم يكن له بينة ، فلا يخلو إما أن ينكر المدعَىٰ عليه أو يقر ، فإن أنكر ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن حلف ، فذاك ، وإن نكل ، حلف المدعي ، واستحق دعواه ، وغرّمه المال ؛ لأن النكول مع ردّ اليمين كالبيّنة ، أو كالإقرار ، ولا شك في ثبوت الدعوىٰ بهما جميعاً ، ثم كما يثبت المال ، يثبت القطع حقاً لله تعالىٰ ، هـٰكذا ذكره **الأصحاب** ؛ فإن يمين الرد إن جعلناها كالإقرار ، فالقطع يثبت به ، وإن جعلناها كالبينة ، فهي كبينة كاملة ، والدليل عليه أن القصاص يثبت بها ، والقصاص لا يثبت إلا ببينة .

وقد يخطر للناظر في هـٰذا أدنىٰ إشكال ؛ من حيث إن الدعوىٰ لا تتعلق إلا بالمال ، والقطع لله تعالىٰ ، [وإجراء حدود الله تعالىٰ][3] بالأيمان فيه إشكال .

ولو قال رجل : استكره فلانٌ جاريتي وزنىٰ بها ، فأنكر/ المدعىٰ عليه ، وأفضت ش ٨٤

(١) من هنا بدأ ظهور بعض السطور والفقرات في نسخة (ت٤) ولم ينته أثر البلل والمحو بعدُ .
(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٧١ .
(٣) زيادة من (ت٤) .

الخصومة إلىٰ يمين الرد ، فالمهر يثبت بها ، ويبعد أن يثبت حد الزنا .

فإذاً يجب ترديد الرأي في ثبوت حد السرقة ؛ لما أشرنا إليه ، ويجب القطع [بأن](١) حد الزنا لا يجب(٢) ؛ من جهة أنه يثبت حقاً لله تعالىٰ ، وسنذكر بعد هٰذا مسائلَ تشير إلى التسوية بين حد السرقة والزنا ، حتىٰ صار كثير من **الأصحاب** إلىٰ إجراء الخلاف فيهما بطريق النقل من أحدهما إلى الثاني . هٰذا فيه إذا أنكر .

١١١٣٨ـ وإن أقرّ ، ثبت الغرمُ والقطعُ بإقراره ، وإن أصر على الإقرار ؛ فلا كلام ، وإن رجع عن الإقرار ، **فللأصحاب طريقان** : قال قائلون : إذا رجع ، لم نقبل رجوعَه في المال ، والغرم قائم عليه ، وفي قبول رجوعه في القطع **قولان** : **أحدهما** ـ يقبل ، وهو قياس العقوبات حقوقِ الله تعالىٰ ، ولا خلاف أن حد الزنا (٣) إذا ثبت بالإقرار ، سقط بالرجوع ، **والقول الثاني** ـ **أن القطع لا يسقط** ، لأنه قرين الغرم ، فإذا لم يؤثِّر رجوعه (٣) في المال ، وجب ألا يؤثِّر في القطع .

وهٰذا قد يشير إلىٰ فقهٍ لائق بالباب ، وهو أن قطع السرقة يرتبط بحق الآدمي من وجهٍ ؛ لأنه أثبت عصمةً لماله ، ولهٰذا يتعلق بمخاصمة المالك في المال ، وللغلوّ في هٰذا المعنىٰ صار **أبو حنيفة** إلىٰ أنه لا يجمع بين القطع ، وتغريم السارق . هٰذا مسلك لبعض **الأصحاب** سديد ، وهو طريقة **القاضي** .

وذهب **طوائف من الأئمة** إلىٰ عكس هٰذا ، وقالوا : إذا أقر بالسرقة الموجبة للقطع ، ثم رجع عن إقراره ، فرجوعه عن الإقرار مقبولٌ في القطع ساقطٌ قولاً واحداً ، وهل يسقط الإقرار بالمال ؟ فعلىٰ **قولين** ، فهٰؤلاء قطعوا بسقوط القطع ، ورددوا القول في إتباع المال القطعَ وشبهوا ذلك بإقرار العبد بالسرقة ، فإن إقراره في وجوب القطع مقبول ، وفي المال **قولان** .

والطريقة الأولىٰ أفقه ؛ فإن قبول الرجوع عن الإقرار بالمال بعيد عن القولين ،

---

(١) في الأصل : « علىٰ أن » . والمثبت من (ت٤) .
(٢) ت٤ : يثبت .
(٣) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .

والذي يوضح ذلك أن ضمان السارق المالَ يسبق استيجابه القطعَ ؛ فإنه إذا أثبت يده علىٰ مال الغير ، ضمنه بالعدوان ، ثم يستوجب القطع/ بالإخراج من الحرز . ي ٨٥

والطريقة المُثلى المصير إلىٰ أن القطع يسقط ، والغرم يبقىٰ ، وقد ذهب إلى القطع بسقوط القطع وبقاء الغرم **طوائف من المحققين** ، منهم **الصيدلاني** وغيره ، وليس هـٰذا كإقرار العبد ؛ فإن سبب قبول إقراره انتفاء التهمة ، ولولا ذلك ، لما قبلنا إقراره في القطع ، وفيه إتلاف طرف مملوك للسيد ، ولو أقر الرجل بأنه استكره جارية على الزنا ، وثبت عليه الحد والمهر بإقراره ، فلو رجع عن الإقرار ، لم يسقط المهر ، وفي سقوط حد الزنا جوابان **للقاضي** . قال : يحتمل أن يكون كحد السرقة ، ويحتمل أن يقال : يسقط الحد قولاً واحداً ؛ لأن وجوب الحد ينفك عن المهر ، ووجوب القطع لا ينفك عن مطالبةٍ بردّ عينٍ أو غرم ، فارتباط القطع بالمال أشد من ارتباط الحد بالمهر .

ومن سلك الطريقة الثانية في حد السرقة وقال : إذا رجع عن الإقرار ، سقط الحد ، وفي الغرم خلاف قد يلتزم مثل هـٰذا فيه إذا أقر بالاستكراه على الزنا ثم رجع عن الإقرار ، فيقول : الحد يسقط ، وفي سقوط المهر تردد .

وكل ذلك خبط ، والوجه القطع ببقاء المال ، وسقوط الحد .

١١١٣٩ـ ثم قال **الأصحاب** : إذا رأينا سقوط القطع بالرجوع عن الإقرار ، فقطع الجلاد بعض اليد ، فرجع ، فعلى الجلاد أن يكف ، فلو قال الراجع : اقطع البقية وأرحني ، فإن كان الباقي علىٰ حياة ، فلا يحل قطعه ، وإن بقيت جلدة نعلم أنها لا تستقل ، وستسقط ، فيجوز قطعها .

وليس هـٰذا من أحكام الحد ، بل كل من قطع يده ظلماً أو حداً ، أو انقطع بعض يده لمصادمة آلةٍ ، فإن كان في الباقي حياة ، فلا سبيل إلىٰ قطعه ، وإن كان كالجلدة التي وصفناها ، فالخِيرةُ إلىٰ صاحب اليد : فإن أراد قطعها ، [فلمن يأمره بقطعها أن يقطعها][1] ، وإن أراد تركها ، تركها ، وقد استقصيت حكم ذلك في الجراح ، [في

---

(١) عبارة الأصل : « فلم يأمره بقطعها ، وإن أراد تركها. . . » والمثبت من (ت٤) .

الطهارة](١) والنجاسة ، وأحكام الصلاة ، ووجوبُ القصاص علىٰ من ينهي القطع من يد المجني عليه إلىٰ هـٰذه الغاية ، فلا معنىٰ للإعادة .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت(٢) الخصومة علىٰ إنكار المدعىٰ عليه ، أو إقراره .

وقد انتجز الكلام في إقراره مترتباً على/ دعوى المدعي . ٨٥ ش

١١١٤٠ـ فلو أقر بالسرقة قَبْل دعوى المسروق منه ، فإقراره ثابت ، ولـٰكن هل نقطع يده في غيبة المسروق منه ، أو نصبر إلىٰ أن يحضر ؟ في المسألة **وجهان** : **أحدهما ـ** أنا نقطع يده ، ولا نبالي ، كما لو أقر أنه زنىٰ بفلانة ، أو زنىٰ بجارية فلان ، فحد الزنا يقام عليه بحكم إقراره في غيبة هـٰؤلاء ، وكذلك حد السرقة .

والوجه الثاني ـ أنه لا يقطع في غيبة المسروق منه ، [والفرق](٣) أن المقَرَّ له بالسرقة من ماله لو حضر وقال : ما سرقه ملكُه ، وليس ملكي ، أو قال : كنت أبحتُ له أخْذ ما أخذه ، فالقطع يسقط ، وإن أنكر السارق ذلك . فإذا كنا نتوقع هـٰذا ، فلا معنىٰ لابتدار القطع قبل حضور مالك المال ، وليس كالزنا ؛ فإن مالك الجارية لو قال : كنت أبحت الجارية للواطىء ، فلا حكم لذلك ، فلا معنىٰ لانتظاره .

وقد نُنشىء من هـٰذا المنتهىٰ أن مالك الجارية لو قال : كنت بعته الجارية أو وهبته إياها ، وقبضها ، فيجب أن يقال : لا يسقط حد الزنا بذلك ، مع إصراره على الإقرار بالزنا ، وتكذيبِ مالك الجارية . **وأبو حنيفة**(٤) يسقط الحد بمثل هـٰذا .

ولو قال الرجل : زنيت بفلانة وذكر حرّة فقالت : كنت منكوحته ، لم يسقط الحد بقولها مع تكذيبه إياها ، وإصرارِه على الإقرار بالزنا . وفي هـٰذا المقام يظهر انفصال حد الزنا عن حد السرقة .

١١١٤١ـ فإن قلنا : لا يقطع السارق في غيبة المسروق منه ، فهل يحبس السارق

(١) في الأصل : « والطهارة » .
(٢) ت٤ : « دارت » .
(٣) في الأصل : « والوجه » .
(٤) ر . المبسوط : ٩/ ٨٧ .

المقر ؟ نُظر : فإن كانت الغيبة قريبة ، حُبس ، وإن كانت بعيدة ، فقد قال **الأصحاب** : إن كانت العين التي أقر بسرقتها تالفة ، حبس ، وإن كانت قائمة **فوجهان** : **أحدهما** ـ يحبس ، كما لو كانت تالفة . **والثاني** ـ لا يحبس ، بل ينتزع الحاكم العينَ من يده ، ويحفظها للمقَر له .

ومن تمام البيان في هـٰذا أن العين لو كانت تالفة ، فقال المقِر بالسرقة : أنا أبذل قيمتها ، فخذها وخلِّ سبيلي ، فهـٰذا يخرج على الخلاف المذكور في بقاء العين .

ووراء ما ذكرناه سر ، وهو أن من أقر لرجل بمال في غيبته ، فالسلطان لا يحبسه ؛ فإن الحبس موقوف على استدعاء/ مستحِق الحق ، فهـٰذا الحبس يستحيل أن يكون لأجلِ المال ، فيجب رد النظر إلى القطع . فإن قلنا : القطع يسقط بالرجوع عن الإقرار ؛ فلا معنىٰ للحبس . وإن قلنا : لا يسقط القطع بالرجوع ، فيجوز أن يقال : يحبس ؛ فإنه لو خُلّي ، لأوشك أن يفلت ويفوت الحق ، فليكن الخلاف مأخوذاً من هـٰذا المأخذ . ثم لا يختلف الأمر في هـٰذا الترتيب بين أن يكون المقَرُّ به عيناً ، أو ديناً .

ي٨٦

وقد نجز مقدار غرضنا في الإقرار بالسرقة .

١١١٤٢ـ فأما إذا كان على السرقة بيّنة أقامها مدعي السرقة ، فلا يخلو : إما أن تكون كاملة أو تكون ناقصة ، فإن كانت كاملة ، وذلك بأن يشهد رجلان عدلان ، فالقطع يثبت ، والغرم يثبت . ولو قال المدعىٰ عليه : كان المسروق ملكي غصبنيه ، فهل يسقط الحد عن السارق ؟ هـٰذا فيه اختلاف قدمته ، ونص **الشافعي** رضي الله عنه علىٰ سقوط القطع بمجرد الدعوىٰ .

وفي هـٰذا فضل نظر ؛ فإن ما ذكرناه من سقوط القطع على النص بالدعوىٰ فيه إذا لم تكن بيّنة ، فإذا قامت بينة كاملة يثبت بمثلها العقوبات ، فيبعد المصير إلىٰ إسقاط القطع إذا كانت الحالة هـٰكذا .

[والذي][1] تحصل لنا من قول **الأصحاب** تفصيلٌ نطرده علىٰ وجهه ، فنقول : إن

---

(١) في الأصل : « فالذي » .

ثبتت السرقة من حرز هو بما فيه تحت يد إنسان ، فحكم الظاهر أن المسروق مردود علىٰ صاحب اليد ، فلو فرض من السارق دعوى الملك ، فهٰذا موضع النص ، وسقوط القطع متضح فيه ؛ فإنه لم يثبت إلا صورة السرقة والأخذ عن يد المسروق منه ، ويجري في هٰذه الصورة القول المُخَرَّج .

وجه جريان النص : سقوطُ القطع ، ثم يبقى الخصام في الملك ، فإن ادعى المسروق منه أنه ملكه ، فهو مردود في يده أولاً ، والقول قوله مع يمينه ، فإن حلف ، ثبت له الملك ، وانتفى القطع ، وإن نكل ، لم يخف جريان الخصومة علىٰ قياسها .

ووجه جريان التخريج : أنا نقول : القول قول المسروق منه مع يمينه ، فإن حلف ثبت الملك ، وثبت القطع ، فيرجع الخلاف إلىٰ أن القطع هل يثبت بيمين المدعىٰ عليه ثبوته بالبينة/ القائمة على الملك ، وسر المذهب في هٰذه الصورة أنا على التخريج ٨٦ ش لا نحكم بثبوت القطع ما لم نفرض يمين المدعىٰ عليه ودعواه الملك ، وعلى النص نفس الدعوىٰ في الصورة التي ذكرناها يتضمن انتفاءَ القطع . هٰذا بيان ذلك .

١١١٤٣ـ صورة أخرىٰ : إذا ادعىٰ رجل علىٰ رجل سرقةَ متاعٍ من ملكه وحرزه ، ووصف ما تفتقر السرقة إليه في اقتضاء القطع ، وأقام شاهدين عدلَين علىٰ أنه سرق من ملكه هٰذا المتاع ، فلو قال السارق : كان أباح لي أخذه ، فنُجري في هٰذه الصورة النصَّ والتخريجَ لانتظام الدعوىٰ ، ولا مضادة بينها وبين قضية البينة ، فيجري في ذلك النصُّ في سقوط القطع ، والتخريجُ في بقائه إذا حلف المدعىٰ عليه ، كما سنصف ذلك ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو قال المدعي : كنت اشتريته منه ، فمنعنيه ، فسرقته ، فنُجري في هٰذه الصورة النصَّ والتخريج ؛ فإن البينة لو تعرضت لنفي الشراء ، لكانت شاهدة على النفي ، ولو فرض دعوىٰ علىٰ غير هٰذا الوجه في غير صورة السرقة ـ لسمعت علىٰ معارضة البينة المطلقة على الملك ، ولقيل للمدعىٰ عليه : احلف ، فإذا جرى الدعوىٰ وأمكن تقديرها مع البينة جرى النص والتخريج .

ولو قال السارق : لم يزل هٰذا المسروق ملكي ، وإنما غصبنيه المسروق منه ، فهٰذا إنكار منه لأصل الملك ، والبينة قائمة علىٰ إثبات الملك ، فتناقض الدعوىٰ

يقتضي البينة ، وفيه سر ، وهو أن دعوى الملك لا تستند إلىٰ يقين ، كما أن البينة لا تستند إليه ، وهـٰذا فيه احتمال ظاهر ، وفي كلام **الأصحاب** ما يدل على التردد فيه ، فإن جرينا على التخريج ، فلا خفاء ، وإن جرينا على النص ، فيجوز أن يقال : لا يسقط القطع في هـٰذه الصورة ؛ لأن الدعوىٰ تبطل بالبينة في وضع الخصومات ، وليست البينة كاليمين يفرض من المسروق منه .

ويجوز أن يقال : يسقط القطع ، لإمكان الصدق وانتصاب السارق خصماً ، وإن كان مقضياً عليه ، فلا فرق بين أن يقضىٰ عليه بالبيّنة وبين أن يقضىٰ عليه باليمين . وإذا قضينا بسقوط/ القطع والملك مقضي به ، فهل يحلف مقيم البينة ؟ فيه كلام سيأتي الشرح عليه في أدب القضاء ، إن شاء الله تعالىٰ . وليس من غرض هـٰذا الفصل ، لأن القطع ساقط كيف فرض الأمر ، وهـٰذا مقصود الباب .

ي ٨٧

١١١٤٤ـ ولو قال السارق كان أباح لي أخذ ما أخذته ، والتفريع على النص ، فلا يحلف المغصوب منه بلا خلاف ؛ لأنه [لا][١] غرض له في نفي الإباحة باليمين ؛ إذ لا يرتبط بها غرض مالي والقطع ساقط كيف فرض .

وذلك الذي أبهمنا الكلام فيه لا بد من رمز إليه الآن تفصيلاً ، ثم يأتي شرحه في موضعه إيضاحاً وتقريراً : فإذا ادعىٰ رجل علىٰ رجل عين مالٍ وأقام علىٰ ملكه وتحقيق دعواه بينة ، فقال المدعىٰ عليه : أسند الشهود شهاداتهم بظاهر[٢] الحال ، ولهم ذلك ، ولـٰكن المدعي يعلم سراً أنه كاذب ، فحلِّفوه ، ففي التحليف علىٰ هـٰذا الترتيب خلاف سيأتي مشروحاً ، إن شاء الله تعالىٰ .

وقد نجز الغرض ، وكل ما ذكرناه إذا قامت البينة مترتبة على الدعوىٰ ، بأن يدعي علىٰ رجل وفي يده ثوب أنه سرقه بعينه من ملكه ، وقد تفصّل المذهب في هـٰذا الطرف .

١١١٤٥ـ فأما إذا قامت بينة علىٰ أن فلاناً سرق هـٰذا المتاع من ملك فلان ،

---

(١) زيادة من (ت٤) .

(٢) ت٤ : « إلىٰ ظاهر الحال » .

والمشهود له غائب ، فقد نص **الشافعي** علىٰ أنه لا يقطع في الحال ، ونص علىٰ أنه لو شهد شاهدان علىٰ واحد بأنه زنىٰ بجارية فلان (١ أنه يجب الحد ١) ، فاختلف **أصحابنا** في المسألتين : **فمنهم** من نقل وخرّج ، وأجرىٰ قولين في المسألتين ؛ من حيث إن السبب ارتبط فيهما بملك لم يدَّعه من نسبت البينةُ الملكَ[٢] إليه ، ويجوز فرض الجارية ملكاً للواطىء ، كما يجوز فرض المسروق ملكاً للسارق .

ومن **أصحابنا** من أجرى المسألتين علىٰ ظاهرهما ، وفرق بأن المسروق منه [ربما يقول لو حضر : كُنت أبحت له ذلك][٣] (٤ ولو قرر هـٰذا ، لسقط الحد ٤) ، ولو قرر مثل ذلك في الجارية ، ووطْئها ، لم يسقط الحدُّ ، فانتظار حضور الغائب في السرقة/ ٨٧ ش لتوقع شبهة دارئة لا يتأتىٰ مثلها في الجارية ووطئها .

ومما ينتظم وراء ما ذكرناه أن من وطىء جارية ، ثم زعم أنها ملكُه ، أو وطىء حرة ، ثم زعم أنها زوجته ، فقد ذكرنا أن مضمون النص في ذلك سقوط القطع في السرقة ، وهـٰذا في حد الزنا متردد : ظاهر المذهب والنص أن الدعوى العرية لا تُسقط حد الزنا بخلاف السرقة ، فإن القطع في السرقة يكاد يتبع حقَّ الآدمي ، فترتبط الدعوىٰ به ، بخلاف حد الزنا ، ولذلك لا يسقط حد الزنا بالإباحة ، وينشأ هـٰذا الاختلاف من تردد **الأصحاب** في النصين المذكورين في البيِّنة المقامة وصاحب الملك غائب .

ثم إذا جرينا على النص ، وقلنا : لا يقطع السارق ما لم يحضر المسروق منه ، فقد قال **الأصحاب** : يحبس السارق إلىٰ أن يحضر المسروق منه ، وهـٰذا مشكل ؛ فإن البينة قامت علىٰ مالٍ قَبْل دعواه ، وحق البينة إذا قامت قبل الدعوىٰ أن ترد في حقوق الآدميين ، وهـٰذا الآن يوضحه ترتيب فنقول : ما تمحض حقاً لله تعالىٰ ، فشهادة الحسبة فيه مقبولة ، وما تمحض حقاً للآدمي ، فالمذهب أن شهادة الحسبة فيه مردودة ، وفيه قول حكيناه وأجريناه في باب الشهادة على الجناية ، ووعدنا استقصاءه

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت٤) .
(٢) ت٤ : « بينةُ الملكِ » .
(٣) عبارة الأصل : « إنما يعول : لو حضرت ، أبحت له ذلك » والمثبت من (ت٤) .
(٤) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .

في البينات ، [والقطعُ][(١)] المتعلق **بالسرقة** متردِّدٌ ؛ من جهة أنه يتعلق بحق الله تعالىٰ ، ويتعلق بحق الآدمي ، والقطع مشروع [لصون][(٢)] حق الآدمي ، وقد ظهر لنا تردد **الأصحاب** في هـٰذا ، فقال **قائلون** : البينة مردودة ، فلا يحبس السارق إذاً . **وقال آخرون** : البينة مسموعة لارتباطها بحق الله تعالىٰ وإحياء حده .

التفريع : ١١١٤٦ـ إن قلنا : ترد ، فمعنىٰ ردّها أنا لا نُصغي إليها ، ولا يترتب **عليها** حبس . وإن قلنا : هي مسموعة ، فالمشهود عليه محبوس ؛ لمكان الحد ، وسبب الامتناع عن الإقامة توقعُ شبهةٍ تدفع [الحدَّ][(٣)] .

فإذا جاء المسروق منه ، فادعىٰ ، فهل نشترط إعادة البيّنة في المال وثبوته ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا بد من إعادتها ، والتفريع على/ أن شهادة الحسبة لا تثبت في الأموال . وهـٰذا وجهُ هـٰذا الوجه . ي ٨٨

والوجه الثاني ـ لا حاجة إلىٰ إعادة البينة لتعلقها بحق الله تعالىٰ ، وكأن[(٤)] حق الله تعالىٰ أغنىٰ ثبوتَ المال عن دعوىٰ ، وقد مهدنا [للإتباع][(٥)] أمثالاً : **منها** ـ أنه لو أقر بالسرقة ، ثم رجع ، ففي قبول رجوعه في المال تبعاً للقطع ، أو في القطع تبعاً للمال خلاف قدمنا ذكره .

وتمام البيان في هـٰذا عندنا أنا إن قلنا : البينة لا تعاد ، فيكفي أن يحضر ويدعي ، وتقطع يده ، وإن قلنا : تعاد البينة لإثبات الملك ، فظاهر كلام **المشايخ** أن القطع لا يتوقف علىٰ عَوْد البينة ، وهـٰذا فيه احتمال بيّن : يجوز أن يقال : نتوقف في القطع إلىٰ إعادة البينة .

---

(١) في الأصل : « فالقطع » .
(٢) في الأصل : « مصون » . والمثبت من (ت٤) .
(٣) زيادة من المحقق سقطت من النسختين .
(٤) ت٤ : « فكأن » .
(٥) زيادة من (ت٤) .
ثم المعنىٰ : أن هـٰذا الوجه القائل بعدم إعادة البينة للمال ، لأنها تتعلق أيضاً بالقطع ، وهو حق لله تعالىٰ ، وإذا كانت البينة لحق الله حسبةً ، فهي مقبولة ، فهنا أُتبع المالُ حقَّ الله ، وثبت تبعاً بشهادة الحسبة ، ثم قال : وقد ذكرنا أمثالاً للإتباع . . . إلخ .

وكل هٰذا والسارق لا يدّعي الملك لنفسه ، فإن ادعى الملك لنفسه ، انعكس التفصيل إلىٰ ما تقدم .

١١١٤٧ـ ووراء ذلك كلام هو الختام ، وهو أنا إن لم نُسقط القطعَ بدعوى السارق ، لم نسائله ، وإن كنا نُسقط القطعَ بدعواه ، فلو قال : لا ملك لي فيما سرقت ، قطعناه ، وإن ادعى الملك ، فقد بيناه ، وإن سكت ، فهل يستفصله القاضي تذرعاً إلى السقوط ، أم كيف السبيل ؟ هٰذا فيه تردد ظاهر مأخوذ من مسألة : وهو أن من أقر بموجب حدٍّ ، فهل يشبب القاضي بالرجوع عن الإقرار ؟ فيه تردد ، فما ذهب إليه **الجمهور** أنه لا يفعل ذلك .

ومن **أصحابنا** من قال : للقاضي أن يتعرض لهٰذا . **ومنهم من قال** : إن كان المقر ممن يعلم أن الرجوع عن الإقرار يُسقط الحد ، لم يشبب ، وإن كان ممن يجهل ذلك ، فلا بأس ، ثم حيث يشبب لا يحثه على الرجوع ، بل يُجري مسألة الرجوع والحكمَ فيها ، وإن صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمرفوع بتهمة السرقة إليه : « **ما إخالك سرقت ، أسرقت ؟ قل : لا** » فقوله له : « **قُل : لا** » يشهد للتشبيب بالرجوع ؛ إذ لا فرق بين الحث علىٰ ترك الإقرار ، وبين إجراء ذكر الرجوع .

وسمعت **بعض أئمة الحديث** لا يصحح هٰذا اللفظ ، وهو « **قل لا** » فيبقى اللفظ المتفق علىٰ صحته ، وهو قوله : « **ما إخالك سرقت** »[1] فهٰذا تعريض بالانكفاف عن

---

(١) حديث « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمرفوع بتهمة السرقة : ما إخالك سرقت ؟ أسرقت ؟ قل : لا » نقل الحافظ في التلخيص حكم الإمام علىٰ لفظ « قل لا » وأيده في ذلك حيث قال : ولم أره عن النبي صلى الله عليه وسلم . وقد ورد هٰذا اللفظ « قل لا » موقوفاً علىٰ أبي الدرداء : « أنه أتي بجارية سرقت فقال لها : أسرقتِ ؟ قولي : لا » رواه البيهقي (٨/ ٢٧٦) وكذا ورد عن أبي هريرة « أنه أتي بسارق فقال : أسرقت ؟ قل : لا . . » رواه ابن أبي شيبة (٨٦٢٥) وكذا في مصنف عبد الرزاق « أُتي عمر بن الخطاب برجل فسأله أسرقت ؟ قل : لا ، فقال : لا ، فتركه » (١٠/ ٢٢٤ رقم ١٨٩١٩ ، ١٨٩٢٠) . (ر . التلخيص : ٤/ ١٢٥ ، ١٢٦ ح ٢٠٨٣) . وأما حديث « ما إخالك سرقت » بدون « قل لا » فقد رواه أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه من طريق أبي أمية المخزومي ، ورواه أبو داود في المراسيل من حديث عبد الرحمٰن بن ثوبان ، ورواه الدارقطني والحاكم والبيهقي موصولاً من حديث =

الإقرار ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **من أتىٰ من هـٰذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله تعالىٰ** »[١] (٢ حديث متفق علىٰ صحته ولا بد من الكلام علىٰ مضمون هـٰذه الأحاديث وإجراء المذهبين بحسبهما ، فأما قوله فليستتر ٢) فهـٰذا دليل علىٰ أنه لا يجب علىٰ من قارف موجب حدٍّ ، أن يظهره للإمام ، وقد يستدل بذلك من يرى التوبة مسقطة للحد ، وكان **شيخي** يقطع بأنه لا يجب إظهار موجب الحد للإمام/ . ش ٨٨

وهـٰذا فيه احتمال عندنا [إذا][٣] قلنا : الحد لا يسقط بالتوبة ، (٤ ولـٰكن ما ذكره مستند إلى الحديث الصحيح ، إذ قال صلى الله عليه وسلم : « **فليستتر** » ثم يقتضي طريقه أن التوبة ٤) تُسقط تبعةَ الآخرة من العبد وبين الله عز وجل ، فإن الحد لله تعالىٰ ، والتوبة تحط العقوبة المستحقة بالذنب ، فإذا ظهر استحقاق الحق عند الإمام ، فردُّ التوبة على القول الأصح يرجع إلىٰ عدم الثقة بها ، أو إلىٰ منع اتخاذ الفَجَرة إظهارَ التوبة ذريعةً تدرأ الفاحشة . هـٰذا في قوله : « **فليستتر بستر الله تعالىٰ** » وذلك قبل الارتفاع إلىٰ مجلسه .

فأما إذا فرض الارتفاع إلىٰ مجلس الإمام ، فقد ظهر خلاف **لأصحابنا** في جواز التشبيب بالمنع عن الإقرار ، ولعل الأصح الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم : « **ما إخالك سرقت** » وإذا فرض الإقرار ، ففي التشبيب بالرجوع ما ذكرناه من التردد .

= أبي هريرة . (أبو داود : الحدود ، باب في التلقين في الحد ، ح٤٣٨٠ ، النسائي : قطع السارق باب تلقين السارق ، ح٤٨٧٧ ، ابن ماجه : الحدود باب تلقين السارق ، ح٢٥٩٧ ، المراسيل لأبي داود ، ح٢٤٤ ، الدارقطني : ٣/ ١٢ ، الحاكم : ٤/ ٣٨١ ، البيهقي : ٨/ ٢٧١ ، ٢٧٥ـ٢٧٦ ، التلخيص : ٤/ ١٢٤ ح٢٠٨٠) هـٰذا . وقد فسّر الحافظ قول الإمام إن الحديث متفق علىٰ صحته ، بأنه ليس المقصود الاصطلاح المعروف عند المحدثين .

(١) حديث « من أتىٰ من هـٰذه القاذورات شيئاً . . . » سبق تخريجه .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ت٤) .

(٣) في الأصل : « وإذا » .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (ت٤) .

وكل ما ذكرناه في البينة الكاملة وهي إذا شهد عدلان ، ثم انشعب الكلام .

١١١٤٨ـ وأما البينة الناقصة وهي إن شهد رجل وامرأتان على السرقة ، ومِلْكِ المسروق ، فالقطع لا يثبت وفاقاً ، والأصح ثبوت المال ، وأبعد **بعض أصحابنا** ، فلم يُثبته إذا تضمنت الدعوىٰ سرقةً ، فلو ثبت ، لأوجبت القطع ، والشاهد واليمين كالشاهد والمرأتين .

ثم قال **الأئمة** : الشهادة على السرقة التي تقتضي القطعَ لا بد وأن تكون مفصّلة ناصّة علىٰ كل ما يُرعىٰ في ثبوت القطع ، والسبب فيه أن السرقة منقسمة : **فمنها** ما يوجب القطع ، **ومنها** ما لا يوجبه ، فإذا كانت السرقة مع تحققها ، [منقسمة][(١)] فلا بدّ من التفصيل ، وليس كذلك الشهادة على البيع ، فإنا في المسلك الأصح لا نشترط ذكر أسباب الصحة ، كما سيأتي في **الشهادات** ، إن شاء الله تعالىٰ ؛ فإن الذي لا يصحُّ ليس [بيعاً شرعاً][(٢)] والذي لا يوجب القطع سرقة ، ولو أقر السارق بالسرقة ، لم يثبت القطع بإقراره المطلق ، وسنذكر أن شهادة الزنا لا بد فيها من التفصيل ، كما لا بد في تحملها من الاطلاع على الحقيقة .

واختلف **الأصحاب** في أن الإقرار بالزنا هل يشترط فيه التفصيل ، ولا خلاف أن النسبة إلى الزنا المطلق قذفٌ صريح ، [وأما شرط][(٣)] التفصيل في البينة/ ، فلغرض الشرع في ستر الزنا ، وأما الإقرار بالزنا ، فسبب التردد فيه أنه لا يطلق اللفظَ الصريحَ من يقرّ علىٰ نفسه إلا[(٤)] بثَبَت ، والإقرار بالسرقة المطلقة لا خلاف في أنه لا يوجب القطع ، فإن من[(٥)] السرقة ما لا يقطع فيها .

٨٩ ي

---

(١) زيادة من (ت٤) .
(٢) في الأصل : « ليس شرعاً بيعاً » ، و(ت٤) : ليس بيعاً ، والمثبت تصرف من المحقق .
(٣) في الأصل : وإنما نشترط .
(٤) في الأصل : « إلا بنسب » كذا ضبطاً ورسماً ، وفي (ت٤) : « علىٰ نفسه لا يثبت » . ولم يفد البسيط ولا الشرح الكبير في هـٰذا .
(٥) عبارة (ت٤) : فإن السرقة تتحقق ولا قطع فيها .

فصل

قال : « وفي إقرار العبد بالسرقة شيئان . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١١٤٩ـ أقارير العبيد بديون المعاملات سبقت مستقصاة في أواخر البيع ، فأما إذا أقر بإتلاف مالٍ أو أرش جناية مُتعَلَّقه[٢] الرقبة ، ولا يجب بسببها عقوبة ، فإن صدقه السيد ، تعلق برقبته ، وإن كذبه ، لم يتعلق برقبته ، والأصح أنه يتعلق بذمته يتبع به إذا عَتَق .

وإن أقر بسرقة عينٍ موجبة للقطع ، ثم زعم أنه أتلف ما سرق ، أو أشار إلىٰ عينٍ وذكر أنها مسروقة ، فإذا كذبه السيد ، لم يصدّق ، وما في يده بمثابة ما في يد السيد .

وإن أقر بسرقة موجبة للقطع ، فإقراره مقبول عند **الشافعي** في القطع ، وقال **المزني** : لا يقبل إقراره في القطع ، وهو مذهب **أبي يوسف وزفر**[٣] ، ومعتمد المذهب انتفاء التهم عن الإقرار ، والذي يعضد ذلك ردُّ إقرار السيد بما يوجب القطع[٤] ، وإن تناول محل ملكه ، فإذا لم نبعد الرد بالتهمة ، لم نبعد قبول إقرار العبد . وكنت أود لو كان مذهب **المزني** قولاً مخرجاً ، ولـٰكن لم يشر إليه أحد من **الأصحاب** .

١١١٥٠ـ ثم إذا قبلنا إقراره وأوجبنا القطع ، فهل نقبل إقراره في المال ؟ فيه **قولان** : **أحدهما ـ** يقبل ؛ لأن الإقرار في وضعه لا تهمة فيه . **والثاني ـ** لا يقبل ، كما سنوضح الغرض في التفريع إن شاء الله تعالىٰ ويظهر ما كنت أودّه من تردد القولين في قبول الإقرار في المال ؛ فإن السرقة لا تستقل بنفسها ، دون فرض مسروق ، وانقطاع القطع عن المسروق بعيد ، وما ذكرناه إبداء وجوه الإشكال ، والمذهب ما ننقله .

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٢ .

(٢) في (ت ٤) : « فتعلقه » .

(٣) ر . المبسوط : ٩/ ١٨٣ .

(٤) المراد إقرار السيد بما يوجب قطع العبد ؛ وإن كان هـٰذا الإقرار يتعلق بمحلّ ملكه ، أي العبد ، فإنه ملك السيد ، وفي قطعه تفويت ملك السيد بإقراره نفسه .

فإذا ثبت القولان ، فقد اختلف **أصحابنا** في محلهما : **فمنهم من قال** : القولان فيه إذا أقر بسرقة عين وتلفت في يده ، ومعنىٰ قبول إقراره علىٰ أحد القولين تعلّق قيمتها بالرقبة ، وهـٰذا القائل يقول : لو كانت العين القائمة في يد العبد وزعم أنه سرقها ، وأنكر السيد ذلك ، وقال : العين القائمة في يده ملكي ، فإقراره مردود ، واحتج هـٰذا المرتِّب بأن قال : العين الموجودة في يد العبد بمثابة الأعيان الثابتة في يد السيد ، فإن يد العبد يد/ السيد ، ولو أقر العبد بأن الأعيان التي في يد سيده مسروقة ، وأنه سرقها وسلمها إلى السيد ، فإقراره مردود ، والطرق متفقة علىٰ هـٰذا . ٨٩ ش

ومن أصحابنا من قلب الترتيب ، وقال : إذا ادعى العبد أنه سرق عيناً وأتلفها ، (١ فإقراره مردود في تعلق قيمة العين التي ذكرناها بالرقبة قولاً واحداً ، وإنما القولان فيه إذا أشار إلىٰ عين كائنة في يده ١) . وهـٰذا المرتب يستدل ، ويقول : العين القائمة معلومة منحصرة ، فإضافة الإقرار إليها ذكر متعلَّق الإقرار مشارٍ إليه ، ويد العبد في الظاهر ثابتة عليه ، وقد أقر بأن هـٰذه يد سرقة ، فظهر ارتباط الإقرار بالمقَرّ به . وأما ما ادعىٰ تلفه في يده ، فلا نهاية له ، ولا ضبط يفرض الوقوف عنده .

وهـٰذه الطريقة ضعيفة ؛ لما قدمناه في الطريقة الأولىٰ ، من أن يد العبد يدُ المولىٰ ، ثم حكينا اتفاق **الأصحاب** علىٰ أنه لو أضاف السرقة المدعاة إلىٰ ما في يد العبد ، لم [نقبل][٢] إقراره ، وهـٰذا أفقه مما خيله المرتب الثاني .

ومن أصحابنا من قال : نطرد القولين في العين القائمة ، والعين التي ادعى العبد إتلافها .

١١١٥١ـ وجمع **بعض الأصحاب** الطرق كلها وأنشأ[٣] منها **أقوالاً** : **أحدها** ـ أن إقرار العبد مقبول فيما ادعىٰ إتلافه ، وفيما في يده . **والثاني** ـ أن إقراره مردود في الموضعين فيده مقطوعة ، والغرم نازل علىٰ ذمته . **والثالث** ـ أن إقراره مقبول فيما ادعىٰ إتلافه غيرُ مقبول في العين القائمة . **والقول الرابع** ـ عكس هـٰذا .

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٢) في الأصل : « لم نبعد » .
(٣) كذا قرأناها في الأصل ، وفي (ت٤) : يمكن أن تقرأ : « وتبينوا منها أقوالاً » .

وأما الأموال الكائنة في يد المولىٰ ، فإضافة الإقرار إليها مردودة ، فإنا لو قبلناه ، لجر هـٰذا أمراً عظيماً ، وهو أن يوطّن[(١)] العبدُ نفسَه علىٰ قطع اليد ، و[يُفقرَ[(٢)]] السيدَ من آلافٍ مؤلفة ، وسيكون لنا إلىٰ هـٰذا التفات في تفريعٍ نذكره ، إن شاء الله تعالىٰ .

فإن قلنا : إقراره مقبول في العين القائمة في يده ، فقد ذكر **القاضي وجهين في ذلك** : **أحدهما** ـ أن فائدة قبوله أداءُ العين إلى المقر له بالغة ما بلغت ؛ لأنه غير متهم .

والثاني ـ أن فائدة قبول إقراره تعلق قيمة العين برقبته ، والعين للسيد ، لما ذكرناه من [نكتة][(٣)] السيد ؛ إذ قلنا : يد العبد يد المولىٰ ، وهو ليس إضراراً عظيماً ؛ فإن القول الأصح أن العبد يفدىٰ بأقل الأمرين ؛ [فأقصىٰ][(٤)] ما يقرّ به لا يجاوز قيمته/ فيكون للكلام موقف يُنتهىٰ إليه ، وإذا قلنا : السيد يفدي عبده بالأمر اللازم بالغاً ما بلغ ، فيمكنه أن يسلم العبد ، والعبد يمكنه أن يفوّت رقبته علىٰ مولاه ، بأن يقر بجناية توجب إهلاكه .

ي ٩٠

فإذا لاح هـٰذا [انعطفنا][(٥)] من هـٰذا المنتهىٰ علىٰ أمرٍ تقدم . وقلنا : أطلق **الأصحاب** القولَ بأن إقرار العبد لا يقبل مضافاً إلىٰ ما في يد السيد ، فلو قال قائل : إقرار العبد بالعين يقصر عن قدر قيمته ، فلا يبعد أن يقال : يقبل إقراره علىٰ هـٰذا النسق فيما يضيفه إلىٰ يد مولاه .

* * *

---

(١) ت٤ : وهو أن من يوطن العبد نفسه .

(٢) في الأصل رسمت هـٰكذا : « ويمموا » وبدون نقط . (انظر صورتها) ، والمثبت من (ت٤) ومن (البسيط) .

(٣) في الأصل : رسمت هـٰكذا : (بكر) بدون نقط . والمثبت من (ت٤) .

(٤) في الأصل : ففي ، والمثبت من (ت٤) .

(٥) في الأصل : انقطعنا .

باب
غرم السارق

قال الشافعي رحمه الله : « أغرم السارق ما سرق قطع أو لم يقطع. . . إلىٰ آخره »[١] .

١١١٥٢ـ إذا كانت العين المسروقة قائمة في يد السارق ، فلا خلاف أنه يقطع ، وتُسترد العين منه ، ولو كانت تلفت في يده أو أتلفها ، فمذهب **الشافعي** أنه يقطع ، ويغرّم ، فإن القطع حد الله تعالىٰ ، والغرم بدلُ مال الآدمي ، فإذا كان لا يمتنع اجتماع الكفارة والدية ، كيف اجتماع الغرم والقطع ؟ وخلاف **أبي حنيفة**[٢] مشهور .

* * *

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٢ .

(٢) ر . رؤوس المسائل : ٤٩٤ مسألة ٣٥٨ ، طريقة الخلاف : ٢٢٣ مسألة ٨٩ ، المبسوط : ١٥٦/٩ .

باب
ما لا قطع فيه

١١١٥٣ـ هـٰذا الباب يحوي وجوهاً تتضمن سقوط القطع ، ونحن نأتي بها على الترتيب أولاً ، فأولاً .

قال الشافعي : « **لا قطع علىٰ من سرق من غير حرز** »(١) وهـٰذا واضح ، وحمل قوله صلى الله عليه وسلم : « **لا قطع في ثمر ولا كَثَر** »(٢) على النخيل التي لا تكون محرزة وروي باقي الحديث في تحقيق ذلك ، فإنه صلى الله عليه وسلم قال : « **لا قطع في ثمر ولا كَثَر ، فإذا أواه الجرين ، وبلغ قيمةَ المجن ، ففيه القطع** »(٣) .

١١١٥٤ـ ثم قال : « **ولا عبد سرق من متاع سيده . . . إلىٰ آخره** »(٤) .

إذا سرق العبد متاع سيده ، لم يستوجب القطع ، لأنه يستحق عليه النفقة ، فله شبهة في مال المولىٰ ، وإذا قتله استوجب القود ، لأنه لا شبهة له في دم سيده ،

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٢ .

(٢) الكَثَر : بفتح الكاف والمثلثة ، وهو جُمّار النخيل ، وهو اللبُّ الأبيض الذي يكون في رأس النخلة ، وفي رأس الفسائل التي تنبت حول النخلة متصلة بها .

(٣) والحديث أخرجه أصحاب السنن ، ومالك في الموطأ ، وأحمد في المسند ، وابن حبان في صحيحه ، والحاكم في المستدرك ، والبيهقي في الكبرىٰ من حديث رافع بن خديج . قال الحافظ في التلخيص : « واختلف في وصله وإرساله ، وقال الطحاوي : هـٰذا الحديث تلقت العلماء متنه بالقبول » ا . هـ وقال في البدر المنير : هـٰذا الحديث حسن .

(أبو داود : الحدود ، باب ما لا قطع فيه ، ح٤٣٨٨ ، ٤٣٨٩ ، الترمذي : الحدود ، باب ما جاء لا قطع في ثمر ولا كثر ، ح١٤٤٩ ، النسائي : قطع السارق ، باب ما لا قطع فيه ، ح٤٩٦٣ـ٤٩٧٣ ، ابن ماجه : الحدود ، باب لا يقطع في ثمر ولا كثر ، ح٢٥٩٣ ، الموطأ : ٢/ ٨٣٩ ، المسند : (٣/ ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤/ ١٤٠ ، ١٤٢) ، السنن الكبرىٰ : ٨/ ٢٦٣ ، تلخيص الحبير : ٤/ ١٢١ ، ح ٢٠٧٤) .

(٤) ر . المختصر : ٥/ ١٧٢ .

ولا قصاص على السيد بقتل عبده وإن كان مكاتباً ؛ لأن القصاص لو ثبت لثبت للسيد ، وكل ذلك مما تمهد ، والله أعلم .

فَصْلٌ

قال : « ولا علىٰ زوج سرق من متاع امرأته » ثم قال بعده : « ولا يقطع من سرق من مال ولده . . . إلىٰ آخره »[1] .

١١١٥٥ـ فنقول كل شخصين يستحق أحدهما على الثاني عند فرض الحاجة في المستحِق وفرض الغنىٰ في المستحَق عليه نفقةَ الكفاية ، فلا يقطع واحد منهما/ في سرقة مال صاحبه ، فلا يُقطع إذاً ولدٌ سرق مال والده ، ولا والد سرق مال ولده ، وهـٰذا يطرد بين كل شخصين بينهما بعضيّة ، يعني كون أحدهما أصلاً ، وكون الثاني فرعاً وفصلاً ، علىٰ ما تمهد في النفقات ، ثم لا يتوقف سقوط القطع علىٰ أن يكون السارق محتاجاً ، والمسروق منه غنياً ، بل انتفاء القطع جارٍ في الأحوال كلها ؛ من جهة أن مال كل واحد منهما محلٌّ تنفيذ حاجة الآخر . وهـٰذا فائدة الباب .

٩٠ ش

وقيدنا الكلام بالكفاية لتميز النفقة الواجبة بالقرابة عن نفقة الزوجية ؛ إذ فيها من التفصيل ما نصفه .

والأخ مقطوعٌ بسرقة مال أخيه ، **وأبو حنيفة**[2] وإن أوجب على الأخ نفقة أخيه لم يدرأ القطع عن السارق منهما من مال صاحبه .

١١١٥٦ـ واختلفت النصوص في أن أحد الزوجين هل يقطع إذا سرق مال الثاني ؟ وحاصل ما جمعه **الأصحاب ثلاثة أقوال** : **أحدها** ـ أن الحد لا يجب علىٰ واحد منهما ، ومعتمد هـٰذا القول ما بين الزوجين من الاتحاد ، وكل واحد منهما يتكثر بمال صاحبه ، وتقرير هـٰذا في مسائل الخلاف .

والقول الثاني ـ أن كل واحد منهما مقطوع بسرقة مال صاحبه : أما الزوج ، فلا حق

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٢ .

(٢) ر . المبسوط : ٩/ ١٥١ .

له في مالها ، والتكثر بالمال لا أصل له ، وأما الزوجة ، فلها حق النفقة ، ولـٰكن نفقتها تضاهي الأعواض ، ولهـٰذا لا يعتبر فيها الكفاية ، ولا تسقط بمرور الزمان .

والقول الثالث ـ أن المرأة لا تقطع بالسرقة من مال الزوج ، والزوج مقطوع . والفرق بينهما النفقة .

١١١٥٧ـ ثم قال **الأصحاب** : كل من لا يقطع بالسرقة من مال إنسان ، فلا يقطع عبده بالسرقة من ماله أيضاً ، فإذا لم يقطع الزوج بالسرقة من مال زوجته ، لم يقطع عبده في سرقة مالها ، وكذلك القول في سرقة عبد الإنسان من مال ولده ، أو والده .

وحكىٰ **الصيدلاني** هـٰذا مقطوعاً به عن **القفال** ، ثم قال من عند نفسه : الصحيحُ أن يقطع العبد ، وإن كان لا يقطع سيده ؛ فإن للسيد شبهة النفقة إذا وقع الفرض/ في الوالد والمولود ، وليس لعبده شبهة النفقة في مال ولده ، ثم استتم هـٰذا ، وقال : إن كنا لا نقطع عبد الوالد فمال ولده كماله في معنىٰ أنه لا قطع عليه فيه[1] ، فيلزم منه أن نقول : لا قطع على الأخ بسرقة مال أخيه ، لأنه ابن أبيه ، وهو لا يقطع في مال أبيه ، ومال الولد كمال الوالد .

ي ٩١

وهـٰذا الذي ذكره متجه ، لا دفع له إلا بتمويهٍ سنشير إليه . والعجب أن **القاضي** فرع على الأقوال في الزوجين ، وقال : إذا لم يقطع أحدهما في مال الثاني ، لم يقطع عبد واحدٍ منهما في مال الثاني ، ثم قال : إذا لم يقطع أحدهما في مال الثاني ، وجب ألا يقطع ولد أحدهما في مال الثاني وإن كان ربيباً . وهـٰذا قبيح ؛ فإن القول به يُلزم إسقاط القطع عن الأخ إذا سرق من مال أخيه ، وليس هـٰذا إلزاماً بل هو عين ما قال به لو رُدّ التفريع إلى الوالد والولد ؛ فإن ابن الأب أقرب إلى الولد من ابن الزوج ـ وهو ربيب ـ إلى الزوجة ، فهـٰذا غلط صريح .

ثم لا شك أنّ ما أجريناه من ذلك الوفاق والخلاف في الأموال المحرزة عن السارق على التحقيق .

فإن قيل : إذا زيفتم ما حكيتموه في ولد الزوج ، فما الرأي في العبد ؟ قلنا : الوجه

(١) ساقطة من (ت٤) .

القطعُ بإيجاب القطع على الرَّبيب ، والأخ ، وولد الزوج والزوجة[١] ، وفي قطع العبد ـ إذا كنا لا نقطع السيد ـ **وجهان** : **أحدهما** ـ وهو اختيار **الصيدلاني** أنا نقطعه ، كالأخ . **والثاني** ـ لا نقطعه ؛ لأن يده يد السيد ، فكأن السيد أخذه .

وهٰذا ضعيف لا أصل له ؛ فإن العبد إذا سرق حيث يستوجب القطع ، فالحكم لا يتعداه ، وإن سرق بإذن مولاه ، ويجوز أن يقال : هٰذا وإن كان لا يؤثر في إيجاب القطع على المولىٰ ، يجوز أن يؤثر في إسقاط القطع عن العبد ؛ لأن بناء الباب علىٰ تغليب الشبهة .

١١١٥٨ـ ومما يتصل بهٰذا المنتهىٰ أن من له دين علىٰ إنسان إذا سرق من ماله نصاباً ؛ فإن كان مماطلاً وعسر استيفاء الدين منه طوعاً ، فإن كان المسروق من جنس دينه ، لم يقطع ؛ فإنه [أخذ ملكه][٢] . وإن كان من غير جنس ماله ، فالمذهب أنه لا قطع عليه أيضاً ، وخرّج **بعض أصحابنا**/ هٰذا على القولين في أنه هل يحل له أن يأخذ غير جنس حقه ، إذا ظفر به ، علىٰ ما سيأتي القولان في موضعهما ، إن شاء الله تعالىٰ . ٩١ ش

فَصْلٌ

قال : « ولا قطع في طنبور ولا مزمار ولا خمر ولا خنزير . . . إلىٰ آخره »[٣] .

١١١٥٩ـ أما الخمر والخنزير ، فليسا مالَيْن ، ولا يتعلق القطع [بأحدهما][٤] ، فأما آلات الملاهي ، وهي التي يستحق كسرها ، فالقول في أنها إلىٰ [أي][٥] حدٍّ تنتهي

---

(١) وولد الزوج والزوجة . المعنىٰ : وولد الزوجة .

(٢) في الأصل : فإنه ملكه أخذ ، وفي (ت٤) : وإن ملك ما أخذ .
والمثبت من تصرف المحقق علىٰ ضوء المعنىٰ ، وعلىٰ ضوء عبارة الغزالي في البسيط .

(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٧٢ .

(٤) في الأصل : « بأخذهما » .

(٥) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

في التكسير والترضيض[١] مذكور في موضعه من الغصوب ، والغرض الآن القول في السرقة ، فإن كان [مترضَّض][٢] ما أخذه لا يبلغ نصاباً ، فلا قطع بلا خلاف ، [وإن][٣] كان الرُّضاض الذي لا يجوز المزيد في ترضيضه بحيث [يبلغ][٤] نصاباً ، فإذا أخرجه السارق من الحرز ، ففي وجوب القطع وجهان : **أصحهما** ـ أنه لا يجب ؛ لأن الحرز لا يتحقق في حق هٰذه الآلات ، ويجوز الهجوم على الدور لأجلها ، **والوجه الثاني** ـ أنه يجب[٥] القطع ؛ لأن حقها ـ إن فرض الظفر بها ـ أن ترضض علىٰ مكانها ، فأما نقلها وإخراجها ، فغير سائغ .

ولو قال قائل : يختلف هٰذا بالقصد ، فإن قصد السرقة ، فينقدح الخلاف ، والأصح أن لا قطع . وإن قصد إخراجها ليُشهر كسرها ، فلا قطع أصلاً مذهباً واحداً ، لكان ذلك متجهاً ، ثم الرجوع في هٰذا القصد إليه .

وما ذكرناه من الخلاف يجري في كل ما يسلِّط الشرع علىٰ تكسيره ، حتىٰ لو فرضت صور أصنام ، فهي كآلات الملاهي ، وإن كانت من الذهب والفضة ، ويلتحق أواني الذهب والفضة بها إذا قلنا : إنها تُكسر .

وهٰذا بعيد .



يشتمل علىٰ ثلاثة مقاصد

١١١٦٠ـ **أحدها** ـ الكلام في المال المشترك ، **والقول** في مال بيت المال ، **والثالث** الكلام في الأملاك التي توصف بالضعف .

---

(١) المعنىٰ إلىٰ أي حد يجوز ترضيضها وتكسيرها ، بمعنىٰ هل الجائز تكسيرها إلىٰ حدّ إبطال عملها فقط ، وما عداه مجاوزة للحدّ وإتلاف مالٍ ، أم يجوز ترضيضها وجعلها جذاذاً إلىٰ أبعد مدى ؟
(٢) في الأصل : « يترضض » .
(٣) في الأصل : « فإن » .
(٤) في الأصل : « يبلغه » .
(٥) ت٤ : لا يجب القطع .

فأما الأملاك المشتركة ، فإذا سرق أحد الشريكين مالاً مشتركاً بينه وبين شريكه ، أو سرق البعضَ منه ، **فلأصحابنا طريقان** : **منهم** من قطع القول بانتفاء القطع لشبهة الشركة ، وقال : ما من جزء[١] من المأخوذ إلا وله فيه حق ، ثم هـٰذا/ القائل يقول : لو كان المسروق مالاً جمّاً ، وليس فيه شركة إلا جزء يسير ، فلا قطع ، لما أشرنا إليه . ٩٢ ي

ومن **أصحابنا** من قال : إذا سرق [نصف دينار][٢] من مالٍ مشترك هو شريك فيه بالنصف ، فيلزمه القطع ؛ لأن النصف مما أخذه ليس [له][٣] ، ونصفه نصاب كامل .

وسلك **بعض أصحابنا** مسلكاً في التفصيل ، وقال : إن كان المال المشترك مما يجري فيه الاستقسام [جبراً ، وهو ذوات الأمثال ؛ إذ لا منقول يجري فيه الاستقسام غيرها][٤] ، كالحبوب وغيرها ، فإذا كان المال المسروق من هـٰذه الأصناف ، وكان المسروق مقدار ملك الشريك بالجزئية ، فلا قطع ، فإنا نحمل أخذه ذلك المقدار علىٰ إيقاع القسمة ، وإن كانت فاسدة ، وإن زاد علىٰ مقدار حقه ، وبلغت الزيادة نصاباً ، وجب القطع حينئذ ، وهـٰذا كما لو كان بينهما ديناران لكل واحد منهما النصف على الشيوع ، فإذا سرق ديناراً ، فلا قطع حملاً علىٰ مذهب الاستقسام ، وإذا سرق ديناراً وربعاً ، وجب القطع ، هـٰذا فيما يتطرق إليه الاستقسام قهراً .

فأما [ما][٥] لا يجري فيه الاستقسام قهراً بالجزئية ، كالثياب وغيرها من ذوات القيم ، فإذا سرق الشريك منها مقدار نصف دينار ، وهو شريك بالنصف ، فيجب القطع .

وميلُ **معظم الأئمة** إلىٰ إسقاط القطع من غير تفصيل في جميع الأموال المشتركة . هـٰذا بيان أحد المقاصد .

---

(١) ت٤ : « حرز » .
(٢) زيادة من (ت٤) .
(٣) في الأصل : « هـٰذا » .
(٤) ما بين المعقفين ساقط من الأصل ، وزدناه من (ت٤) .
(٥) سقطت من الأصل .

١١١٦١ـ **الثاني** ـ في أموال بيت المال ، فحاصل ما ذكره **الأئمة وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا قطع أصلاً في أي مال سُرق إلا ما نستثنيه ، سواء كان المأخوذ من مال الصدقات ، أو من مال المصالح ، فإن لكل مسلم حقاً في أموال بيت المال ، حتىٰ لو أخذ من الصدقات ، ولم يكن مستحِقاً لها ، فهي عتيدة لسد حاجته إذا صار من أهل الصدقات ، وعلىٰ هـٰذا الأصل نفينا القطع عن الأب الموسر إذا سرق من مال ابنه ، وإن لم يكن مستحِقاً للنفقة ؛ لمكان يساره . هـٰذا **وجه** .

ومن أصحابنا من فصّل ، وقال : إن كان السارق من مستحقي الصدقات ، وقد أخذ منها ، فلا قطع عليه ، وإن لم يكن من مستحقي الصدقات ، وسرق منها ، قُطع ، وليس كالأب في حق ولده ، فإن بينهما اتحاد من جهة/ البعضية ولكل واحد منهما اختصاص بمال الثاني . وإنما أموال الصدقات يصرفها الإمام إلىٰ من يعيّنه ، ولا يُعتَرضُ عليه في ذلك المعنىٰ . ش٩٢

فأما مال المصالح ، فإن سرق منه محتاج ، فلا قطع عليه ، وإن سرق منه غيرُ محتاج **فوجهان** : **أحدهما** ـ أنه يلزمه القطع ، لأنه لا يستحق من أعيانها شيئاً . **والثاني** ـ لا قطع ، فإن أموال المصالح قد تصرف إلى الرباطات والخانات وغيرها ، ثم يعم نفع هـٰذه الأشياء في الأغنياء والفقراء . هـٰذه طريقة ، والأولون ينفون القطع من غير تفصيل .

فإن قيل علىٰ طريقة التفصيل : هل توجبون القطع على الذمي إذا سرق من مال المصالح ؟ قلنا : ما قطع به **معظم الأصحاب** أن القطع يلزمه ، وإن فرض انتفاعهم بالرباطات ، فذلك علىٰ طريق التبع ؛ من حيث إنهم قاطنون ديارَ الإسلام . وأشار **بعض المحققين** إلىٰ خلافٍ فيهم ، وهـٰذا بعيد .

وأما ما [وعدنا][١] استثناءه ، فهو الفيء المعتد للمرتزقة ، فإذا سَرق منها من ليس منهم ـ والتفريع علىٰ أنه ملكهم ـ وجب القطع ، [وكذلك ما أُعد من الخمس لذي

---

(١) زيادة من (ت٤) .

القربىٰ واليتامىٰ ، فإذا سرق من ليس من هـٰؤلاء][1] ، وجب القطعُ بإيجاب القطع . والعلم عند الله تعالىٰ . وقد نجز هـٰذا المقصود .

١١١٦٢ـ الثالث ـ الكلام في الأملاك الضعيفة التي لا تنطلق التصرفات فيها ، وذكر **أئمتنا** وجهين في سرقة أم الولد ، قالوا أصحهما وجوب القطع ، فإنها مملوكة مضمونة باليد .

ومن **أصحابنا** من قال : لا قطعَ ؛ لنقصان الملك ، وهـٰذا غير سديد ؛ فإن ما يضمن باليد ، فأَخْذُهُ علىٰ حكم الاستزلال من الحرز سرقةٌ إذا لم يكن الأَخْذُ فيه شبهة ، فإن القطع شرع لصون الأموال المصونة بالحرز ، ولا يدخل علىٰ ما ذكرناه الحرّ ؛ فإنه لا يضمن باليد ، فكان لا يد فيه .

١١١٦٣ـ ولو كان سرق عيناً موقوفة ، فالصحيح تنزيلها منزلة المستولدة من غير تفصيل ، سواء قلنا : الملك فيها للواقف أو للموقوف عليه ، أو لله تعالىٰ ، فقال قائلون : إن حكمنا بأن الملك في رقبة الموقوف لله تعالىٰ ، وجب القطع على السارق ، كما سنذكره في سرقة أبواب المساجد . فإن قلنا : الملك للواقف أو للموقوف عليه ، فعلىٰ **وجهين** ، لأن ملك الواقف/ ـ علىٰ قولنا : له الملك ـ ضعيفٌ ، لحق الموقوف عليه ، وملك الموقوف عليه ـ علىٰ قولنا : له الملك ـ ضعيفٌ ، لحق الواقف . ٩٣ ي

وهـٰذا ليس بشيء ، لأن صاحب هـٰذا الترتيب يشير إلىٰ أنه لا يصفو القول بإضافة الملك إلىٰ جهة من هـٰذه الجهات ، وهـٰذا يتحقق إذا قلنا : الملك لله تعالىٰ ؛ فإن الملك وإن أضيف إلى الله تعالىٰ ليس يتمحض ـ حقاً لله عز وجل ، فالوجه تنزيل الموقوف منزلة المستولدة على الأقوال كلها .

١١١٦٤ـ فأما المساجد فقد أطلق **أصحابنا** الوفاق علىٰ أن من قلع باب مسجد [مستزلاً][2] ، وهو موقوف ، وجب عليه القطع ، إذا بلغ نصاباً ، وأثبت اليد عليه

---

(١) ما بين المعقفين سقط من الأصل .
(٢) في الأصل : منزلاً . ومستزلاً أي آخذاً خفية ، كما ظهر من تعريفه للسرقة في أول كتابها .

بأن نقله ، والسبب فيه أنه مضمون بالإتلاف واليد .

وهٰذا يتطرق إليه نوعان من الإشكال : **أحدهما** ـ أن القطع بهٰذا يوجب القطع بإيجاب القطع بسرقة المستولدة ، وإن ضعف الملك فيها ، لامتناع[1] بعض التصرفات . هٰذا وجه . **والثاني** ـ وهو أبلغ أن المساجد يشترك فيها المسلمون ويتعلق بها حقوقهم ، وقد ذكرنا [التفصيل في أموال بيت المال ، فيتجه من الوجه الأخير تخريج وجه في نفي القطع .

ثم قال **الأصحاب**][2] : إن من سرق حصير المسجد وفُرشَه المحرزَة ، ففي وجوب القطع **وجهان** : **أحدهما** ـ لا يجب للاشتراك في الانتفاع بها ، وهٰذا يتحقق لا محالة في أجزاء المسجد . وقال **العراقيون** : ما يظهر الانتفاع به ، فالظاهر أنه لا قطع علىٰ سارقه ؛ للاشتراك الذي ذكرناه ، وما أثبت في المسجد للزينة ، كالقناديل التي تزين المساجد بها ، ففيه **وجهان** .

فانتظم في الفُرشِ وآلاتِ الزينة **ثلاثةُ أوجه** : **أحدها** ـ وجوب القطع . **والثاني** ـ نفي القطع . **والثالث** ـ يفصل بين **ما** ينتفع به وبين آلة الزينة ، وكل ذلك متجه . ولٰكن لا ينتظم معه القطع بإيجاب القطع علىٰ من سرق جزءاً من المسجد .

ومن سرق من ثمار بستان محبّس ، ولم يكن موقوفاً عليه ، لا خصوصاً ، ولا عموماً ، وجب القطع ، لا شك فيه ؛ فإن الثمار مملوكة ، وليست موقوفة ، وإنما الحبس في الرقاب المثمّرة ، وكذلك القول في دراهم المستغل .

١١١٦٥ـ فأما السرقة من المغنم ، فإن فُصِل الأربعةُ الأخماس التي للغانمين ، فالسارق منها يستوجب القطع إذا لم يكن منهم ، وإن كان منهم ، فالتفصيل فيه كالتفصيل/ في سرقة الشريك شيئاً من المال المشترك . ش ٩٣

وأما السرقة من الخمس ، فقد مضىٰ في تفصيل مال بيت المال .

---

(١) عبارة (ت٤) : « وإن ضعف الملك فيها ، إذ معنىٰ ضعف الملك فيها امتناع بعض التصرفات » .

(٢) ما بين المعقفين زيادة من (ت٤) .

ولو سرق سارق قبل إفراز الخمس ، فليقع التفريع علىٰ أنه لو سرق من الخمس لا يقطع ، وإن [كان يعترض][١] فيه حصة ذوي القربىٰ [واليتامىٰ][٢] ، ولـٰكن إذا أظهرنا غرضنا ، لم يخف التفصيل بعده ، فنقول : كأن السارق شريك بالخمس أو بما لا قطع عليه فيه ، ثم يعود الكلام إلىٰ تفصيل المال المشترك .

التفريع : ١١١٦٦ـ إذا وطىء الرجل جاريةً من مال بيت المال ، وقلنا : لو سرق منه ، لم يقطع ، فلو سرق الجارية في نفسها ، لم يقطع ، فإذا وطئها ، فالمذهب أنه يستوجب الحد ، كما يستوجب الابن الحد بوطء جارية الأب ، وإن كان لا يستوجب القطع بسرقتها من أبيه . **والوجه الثاني** ـ لا حدّ على الذي يطأ جاريةَ بيت المال ، وهـٰذا لا يتجه له وجه نتكلف[٣] إظهاره ، وقد رأيته في طريقة **القاضي** ، [ولا][٤] يجب أن يعتد به .

١١١٦٧ـ ثم ذكر **الأصحاب** مسائل [بيّنة][٥] في قاعدة مذهبنا خالف فيها **أبو حنيفة** ـ **منها** أنه لو سرق ما يجب القطع بسرقته مع ما لا قطع فيه ، مثل أن سرق شاة وخنزيراً معاً ، فالقطع يجب عندنا في الشاة ، خلافاً **لأبي حنيفة** ، واشتهر تفريعه فيه إلىٰ أن قال : لو سرق إناء من ذهب في بطنه ماء ، فلا قطع عليه ، وهـٰذا فاسد . وقال : لو سرق مصحفاً مذهباً ، والذهب نصاب ، فلا قطع عليه ، لأن سرقة المصحف عنده لا قطع فيه[٦] ، وعندنا يجب القطع بسرقة المصحف .

١١١٦٨ـ ومما ذكره **الأصحاب** أن لو شهد شاهدان ، فقال أحدهما : إنه سرق ثوراً

---

(١) في الأصل : وإن كان لا يعترض . والمثبت من (ت٤) .
(٢) زيادة من (ت٤) .
(٣) في الأصل : « ونتكلف إظهاره » .
(٤) في النسختين : (فلا) والتغيير (بالواو) من عمل المحقق ، وإلا فسيكون المعنىٰ أن عدم الاعتداد به يرجع لكونه من اختيار القاضي ، وهـٰذا لا يمكن أن يكون مقصوداً .
(٥) غير مقروءة بالأصل . والمثبت من (ت٤) .
(٦) ر . رؤوس المسائل : ٤٩٨ مسألة ٣٦١ ، مختصر الطحاوي : ٢٧٢ ، المبسوط : ٩/ ١٥٢ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ١٥٤ .

أبيض ، وشهد الآخر : إنه سرق ثوراً أسود ، فلا تلفيق بين الشهادتين ، ولا يثبت قطع ، ولا مال ، فلو أراد أن يحلف مع أحدهما وقد وافقت شهادته دعواه فليفعل ، وفي هٰذا دقائق في التفريع ، ستأتي في الشهادات ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو شهد أحدهما أنه سرق ثوباً قيمته ربع دينار ، وشهد الآخر أن قيمته سدس دينار ، وقد فات الثوب ، فلا يجب القطع ، ولا يثبت الغُرم ، إلا في المقدار المتفق عليه وهو السدس ، وقال **أبو حنيفة**[1] يثبت الربع أخذاً بالأكثر ، ولو كان التردد فيما هو/ نصاب عنده أو فيما دونه ، فيثبت النصاب أخذاً بالأكثر ، ولا يثبت القطع . ي ٩٤

فَرْعٌ : **١١١٦٩**ـ من سرق شيئاً بالغاً نصاباً ، وهو جاهل بأن قيمته تبلغ نصاباً ، فالقطع واجب عليه إذا كان الجهل آيلاً إلىٰ جنس المسروق ، أو إلىٰ قيمته . فأما إذا سرق قميصاً رثّاً ، فلما أخرجه كان في جيبه دينار ، ففي وجوب القطع عليه **وجهان** : **أظهرهما** ـ أنه يجب ، كما لو أخرج مدوَّراتٍ منقوشة حسبها فلوساً ، وكانت دنانير ، أو دراهم ؛ فإن القطع يجب ، ولا اعتبار بجهله ، وهٰذا ما قطع به **معظم الأئمة** .

والوجه الثاني ـ حكاه **القاضي** (٢ أنه لا يجب القطع ٢) ووجهه [أنه][3] جهل أصل سرقة الدينار في مسألة القميص بخلاف ما إذا جهل الجنس ؛ فإن المسروق معلوم ، والصفة مجهولة ، ولا يكاد يتضح الفرق .

* * *

---

(١) لم نصل إلىٰ قول أبي حنيفة في كتب الأحناف التي راجعناها .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ت٤) .

(٣) في الأصل : « أن » .

باب
قطاع الطريق

قال الشافعي رضي الله عنه : « رُوي عن ابن عباس في قطاع الطريق. . . إلىٰ آخره »[١] .

١١١٧٠ـ الأصل في أحكام قطاع الطريق قوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ . . . ﴾ الآية [المائدة : ٣٣] وقد تكلم المفسرون في سبب نزولها ، والأصح اللائق بغرضنا أنها وردت في قطّاع الطريق ، كما سنصفهم ، ناسخةً لحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوم من عُرَيْنة ، وهم جماعة دخلوا المدينة ، فاسْتَوْخموها ، واستَوْبئوا هواءها ، وماءها ، فاصفرّت ألوانهم ، ونُهكت أجسامهم ، فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم : « **لو خرجتم إلىٰ إبل الصدقة ، وشربتم من أبوالها وألبانها ، فإنها شفاء للذَّرب**[٢] ، فخرجوا إلىٰ إبل الصدقة ، وشربوا من أبوالها وألبانها ، فآبت إليهم نفوسهم ، وصحت أجسامهم ، فقتلوا راعي رسول الله صلى الله عليه وسلم واستاقوا الإبل ، فبعث في أثرهم ، فأُخذوا ، **فأمر حتىٰ قطعت أيديهم ، وأرجلهم ، وسُملت أعينهم ، ـ وفي بعض الروايات : وسمّرت أعينهم ـ وأُلقوا في الحَرَّة ، فكانوا يستسقُون فلا يُسقَوْن ، وكان الواحد يعض على الحجر عطشاً ، حتىٰ ماتوا ، فنزلت آية المحاربة ناسخة للمثلة** »[٣] .

ثم اعتمد الشافعي رحمه الله تفسيرَ ابنِ عباس لآية المحاربة ، وقد قال في

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٢ .
(٢) الذّرب : داء يصيب المعدة . (المصباح) .
(٣) حديث العُرنيين الذين استاقوا إبل الصدقة وارتدوا ، متفق عليه من حديث أنس (البخاري : الوضوء ، باب أبوال الإبل والدواب والغنم ومرابضها ، ح٢٣٣ ، وأطرافه كثيرة منها في كتاب الحدود الأبواب ١٥ ، ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ح ٦٨٠٢ـ٦٨٠٥ . مسلم ، القسامة ، باب حكم المحاربين والمرتدين ، ح١٦٧١ ورقم أحاديث الباب ٩ـ١٤). .

تفسيرها : أن يقتلوا : إذا قتلوا ، أو يصلّبوا : إذا قتلوا وأخذوا المال ، أو تقطعَ أيديهم/ وأرجلُهم : إذا أخذوا المال ، أو يُلحَق بهم إذا ولَّوْا ، وهو نفيهم . ش ٩٤

وذهب داود إلىٰ تخيير الإمام في هـٰذه العقوبات ، من غير نظر إلى الجرائم ، وإنما ظن ذلك ؛ من حيث اعتقد ظهور معنى التخيير في (أو) وهو علىٰ رأي المفسرين للتنويع والتصنيف ، لا للتخيير ، وهو بمثابة قول القائل : الزاني يجلد أو يرجم ، والمراد الإشارة إلىٰ تنويع العقوبة عند تقدير اختلاف الحال .

وعن **مالك**[(١)] أن قاطع الطريق إن كان شاباً ، قطعت يده ورجله من خلاف ، وإن كان شيخاً ذا رأي وتدبير ، قتل ، وإن لم يكن علىٰ نجدة الشباب ، ولا علىٰ رأي الشيوخ نُفي من الأرض .

١١١٧١ـ ومقصود الكتاب يشتمل عليه [فصول][(٢)] : **أحدها ـ** في صفة قطاع الطريق ، وتمييزهم عن المختلسين .

والثاني ـ في تفاصيلِ حدودهم ، والعقوباتِ المقامةِ عليهم ، ويمزج بهـٰذا الفصل جرائمهم التي يستوجبون العقوبات بها .

والفصل الثالث ـ في مآل أمرهم لو تابوا قبل الظفر أو بعده ، أو عفا عنهم أولياء الدم ، وإذا تمهدت هـٰذه الفصول ، كان الباقي من غرض الكتاب هيّن المُدرك .

فأما الكلام في صفتهم ، فهم طائفة يرصدون الرفاق في المكامن ، حتىٰ إذا وافاهم الرفاق[(٣)] ، برزوا ، وأخذوا المال ، وقتلوا عن المقدرة والقوة[(٤)] ، والغالب أنهم يَشْهرون الأسلحة ، ثم يقع ذلك في مكان يبعد الغوث فيه عن المستغيثين ، فهـٰذا صورة قطاع الطريق .

فلو لم يرجعوا إلىٰ قوة ، ولـٰكن كانوا يختلسون ، ثم يولّون [مرتكضين][(٥)] أو

---

(١) ر . المعونة للقاضي عبد الوهاب : ٣/١٣٦٦ ، الكافي لابن عبد البر : ٥٨٢ .
(٢) في الأصل : « أصول » .
(٣) في الأصل : « وافوهم الرفاق » .
(٤) ت٤ : « عن مقدرة وقوة » .
(٥) في الأصل : غير مقروءة ، رسمت هـٰكذا : (مرتكهين) تماماً رسماً ونقطاً .

=

عادين ، فهم أصحاب خَلْسٍ ، ودفعُهم بالتحفظ ، ولا عقوبة عليهم لله تعالىٰ ، والتعزير لا يجب عليهم[(١)] متحتماً ، كما سيأتي أصله ، فيُغَرَّمون ما يأخذون إن فاتت الأعيان[(٢)] ، وإلا ردوها بأعيانها ، وإن اتفق منهم قتلٌ أو قطع ، فالقصاص علىٰ تفاصيله .

ولو كان فيهم نجدة ، ولـٰكن أخذوا الرفقة حيث لا يبعد الغوث ، مثل أن يقع على القرب من العمران ، وأصحاب/ السلطان مشمِّرون وأيديهم غالبة ، والأغلب تخوف[(٣)] القطاع ، فهـٰذا من فن الاختلاس ، وقد أشرنا إلىٰ حكمه . ٩٥ ي

ثم قال **الأئمة** : لا يتوقف تصوير المحاربة علىٰ أن يكونوا مع أسلحة ، بل [لو][(٤)] أخذوا الأموال بالقوىٰ واكتفوا بالوخز[(٥)] واللكز ، والضرب [بجُمْع][(٦)] الكف [والصراع][(٧)] ، فهـٰذا قطع الطريق .

١١١٧٢ـ وممّا ذكره **الأصحاب** أن الرجل لو خرج وحده أو في شرذمة من الضَّعَفَة ، واستمكن منهم طائفة لا يقاومهم الرفاق في مكان يبعد الغوث فيه ، فهـٰذا قطع الطريق .

وقد يختلج في النفس من هـٰذا شيء ؛ فإن خروج الإنسان وحده يعد تضييعاً ، وكان يليق أن يكلّف المسافر ألا يخرج إلا علىٰ عُدّة وأهبة ، واستظهارٍ ، فإذا لم يفعل ، كان ذلك بمثابة ترك المال في موضع لا يعدّ حرزاً له ، وهـٰذا يعتضد بأمر [لا

= والمعنىٰ : ولَّوْا يركضون خيولهم ، أو يَعْدون علىٰ أرجلهم .

(١) ساقطة من (ت٤) .

(٢) ساقطة من (ت٤) .

(٣) ت٤ : « لحوق » .

(٤) زيادة من (ت٤) .

(٥) ت٤ : « الزجر » .

(٦) في النسختين : « بجميع » . والمثبت من تفسير اللكز واللكم في المعاجم .

(٧) في الأصل : « والصرايح » . كذا بدون نقط . والمثبت من (ت٤) والمعنىٰ : بالمصارعة ، مع الضرب واللكز . . .

ينكره مَنْ يمارس][١] هـٰذه الأحوال ، وهو أن الإمام ينفض الطرق عن أهل العرامة بأيْدِه وبطْشه ، وليس من الممكن إخراج آحاد الرجال عن التعرض لمستضعف ، [فإن][٢] الداخل تحت الإيالة فضُّ الجماعات ، ونَفْضُ الطرق عن أهل العرامات ، وهـٰذا يقرب من التصوّن اللائق بطريق الإحراز ، فعلىٰ رب المال أن يتصون جهده بالإحراز ، ثم إن فرض استجراءٌ عليها ، فالشرع يردع المستجرئين بالقطع . هـٰذا وجهٌ بيّنٌ عندنا .

ولـٰكن ما وجدته للقاضي وفي طرقٍ : أن الواحد إذا أخذه مغالب في مضيعة ، فهو قاطع طريق ، والرأي عندي اتباع الاعتياد ، وأخذ طرفٍ من [العتاد][٣] بحيث يعد اجتماع الرفاق[٤] منعة عن آحاد الرجال ، في معارضة منع الأحراز ، ولو [فترت][٥] بسطةُ السلطان ، وثار من البلاد أصحاب العرامة ، فهم عند **الشافعي** بمثابة قطاع الطريق إذا أخذوا وقتلوا على اقتهار .

١١١٧٣ـ ولو فرض جمع [من][٦] المتلصصة في طرفٍ من البلدة ، وقد دخلوا داراً ليلاً بالمشاعل ، وشهروا الأسلحة ومنعوا أهل الدار من الاستغاثة ، حتىٰ قَضَوْا أوطارهم ، فهـٰذا منهم استيلاء في الحال ، وليس استزلالاً[٧] ، فقد اضطرب **الأئمة** في ذلك ، فقال/ بعضهم : هم سراق ؛ فإن الطلب يلحقهم على القرب ، واليد الطولىٰ من الإمام تنالهم ، وقال **قائلون** : حكمهم حكم قطاع الطريق ؛ فإن الاستيلاء ثابت في

ش ٩٥

---

(١) في الأصل : « لا ينكره ويمارس » . والمثبت من (ت٤) .
(٢) في الأصل : « فلأن » ، و(ت٤) : « فإذا » . والمثبت من تصرّف المحقق .
والمعنىٰ : أنه مما يدخل في أعمال الإيالة والسياسة ، حماية الطرق ، وتطهيرها من أهل الشِّرَّة والحدة والعنف والعدوان ، وتشتيتهم وتفريق جمعهم ، وليس من عملهم ـ أو لا يستطيعون ـ منع آحاد الرجال من التعرض للمستضعفين .
(٣) في النسختين : « العناد » .
(٤) ت٤ : « الرفاع » .
(٥) في الأصل : « قرب » .
(٦) زيادة من (ت٤) .
(٧) في الأصل : « استرسالاً » واستزلالاً : أي خفيةً ، ظهر هـٰذا المعنىٰ من تعريف الإمام للسرقة في أول كتابها . ولم أر هـٰذا منصوصاً في المصباح ، ولا المعجم ، ولا القاموس المحيط ، ولا اللسان . ولـٰكنه يفهم من معاني مادة (ز . ل . ل) .

الحال ، والغوث لا يلحق غالباً ، وهـٰذا معنى التصدّي للحرابة .

فإن جعلناهم محاربين ، فلا كلام ، وإن لم نجعلهم محاربين ، فالذي يدل عليه كلام **الأصحاب** أنهم سراق ، ولا يبعد عندنا أن يكونوا مختلسين ؛ فإن السارق بناء أمره على الاختفاء وهـٰؤلاء يجاهرون بفعلهم ، يخفون أمرهم عن صاحب الأمر ، والعلم عند الله تعالىٰ .

١١١٧٤ـ ومما نذكره في تتمة ذلك أنه لو ظهر جمعٌ أصحاب قوة ، وصادفوا رفقة ، وكانت تقاوم القطاع ، [فاستبسؤوا][١] واستسلموا حتىٰ قُتلوا ، وأخذت أموالهم ، فليس هـٰذا قطع الطريق ، فإن الجمع مع الجمع إذا كانوا علىٰ حكم التقاوم والتساوي ؛ فليس للقطاع والحالة هـٰذه فضل نجدة .

وهـٰذا يحتاج إلىٰ فضل بيان . فإن استسلموا ، ولم يدفعوا مع القدرة على الدفع فهـٰؤلاء مُضيِّعةٌ ، بلا خلاف . وهـٰذا يقوي [ما ذكرته][٢] في خروج الرجل الفرد علىٰ خلاف الاعتياد .

ولو اقتتلوا قاصدين [ودافعين][٣] ، ونال كل فريق من أصحابه ، وكانت الفئتان علىٰ تقاوم ، وقد [تشمّر][٤] القاصدون ، ولم يقصِّر الدافعون ، ثم انكفوا ، وقد نال كل فريق من أصحابه ، فكيف الوجه ؟ وهل لما أخذه القاصدون من المال حكم ما يأخذه القطاع ؟ وهل يستوجبون الحد إذا قَتَلوا ، ولم يتبين منهم استيلاء القهر ، واستعلاء الغلبة ، وقد تكون الدائرة عليهم في [الأَخَرة ؟][٥] .

هـٰذا فيه تردد ؛ من جهة أنهم لم يكونوا أصحاب ضعف بالإضافة إلى الرفقة ،

---

(١) في الأصل : « فاستبسلوا » وهو عكس ما يقتضيه السياق ، وفي (ت٤) : « فاستسبلوا » ، ولا معنىٰ لها . وما أثبتناه أقرب صورة تؤدي المعنى المناسب للسياق ، فاستبسئوا : أي تهاونوا ، واستسلموا ، وخضعوا . (ر . القاموس ، والمعجم ، والأساس) .

(٢) في الأصل : ما ذكروه . والمثبت من (ت٤) ، وهو الصواب ؛ لأن هـٰذا التوجيه انفرد به الإمام ، وليس ناقلاً له عن الأصحاب .

(٣) في الأصل : « مدافعين » . والمعنىٰ : اقتتلوا : وهـٰؤلاء قاصدون ، وهـٰؤلاء دافعون .

(٤) في الأصل : « يشتمر » .

(٥) في الأصل : « الآخر » .

والحرب سجال ، ينال الإنسان فيها ويُنال ، ويظهر[١] ألا يثبت لهم حكم قطع الطريق ؛ إذ لا غلبة ، ولا استيلاء ، وسبيل الفئتين المتقاتلتين كسبيل رجلين يلتقيان أحدهما قاصد والثاني دافع ، ولم يفرّ ، والاحتمال الأول أن نقول : [هـٰؤلاء][٢] ممن يتأتىٰ منهم قطع الطريق ، وإنما صادمتهم هـٰذه الرفقة/ المعدّة وفاقاً ، وقد يلقون رفاقاً[٣] غير معدة ، فالرأي أن يعاملوا معاملة أهل الحرابة . هـٰذا تمام القول في صفة قطاع الطريق . ي ٩٦

١١١٧٥ـ ويتصل به أن النسوة إذا قطعن الطريق واستجمعن الصفات التي ذكرناها ، كن بمثابة الرجال ، كما أنهن إذا سرقن ، فحكمهن حكم الرجال ، وقال **أبو حنيفة**[٤] لا تستوجب المرأة حد قطاع الطريق ، وزاد فقال : لو كان في قطاع الطريق امرأة ، لم يجب الحد علىٰ واحد منهم ، وكذلك لو كان فيهم مراهق ، فقتلوا وأخذوا المال ، لم يُقطع واحد منهم ولم يُقتل .

فصل

١١١٧٦ـ إذا تقرر نعت قطاع الطريق ، فإنا نذكر تفصيل عقوباتهم وموجِباتها ، كما وعدناه ، فنقول : من أخذ منهم ربعَ دينار بالمحاربة والمجاهدة ـ كما تقدم ـ قطعت يده اليمنىٰ ورجله اليسرىٰ ، وكان الأخذ علىٰ سبيل المجاهدة علىٰ سبيل التضعيف ، فالأخذة الواحدة تنزل منزلة سرقتين ، وقطع اليد اليمنىٰ والرجل اليسرىٰ حدٌّ واحد .

(١) ويظهر : أي يحتمل ، وليس المراد هنا المصطلح الذي استقرّ عليه المذهب (الظاهر) في مقابلة الضعيف . وإنما المراد هنا مجرد (الاحتمال) وسيأتي أن الاحتمال (الأول) أي الأقوىٰ هو المقابل لهـٰذا .

(٢) زيادة من (ت٤) .

(٣) رفاقاً : جمع رُفقة : بضم الراء وسكون الفاء ، وزان : بُرْمة وبرام . (المصباح) .

(٤) ما ذكره الإمام عن الأحناف رواية في المذهب نقلها صاحب المبسوط عن ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة ، ولـٰكن ظاهر الرواية ، واختيار الطحاوي أن النساء في قطع الطريق كالرجال . (ر . المبسوط : ٩/ ١٩٧ ، مختصر الطحاوي : ٢٧٧ ، رؤوس المسائل : ٥٠٠ مسألة ٣٦٣ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٢٤٩ ، فتح القدير : ٥/ ١٨٦)

ولا يشترط أخذ نصابين في مقابلة عضوين ، وفاقاً .

ولو أخذ أقل من نصاب ، لم يستوجب القطع . هـٰذا ما ذهب إليه **جماهير الأصحاب** (١ وقال **ابن خَيْران** : يجب قطع العضوين ، وإن قل المأخوذ ، ونقص عن نصاب ١) ، وزعم أن هـٰذا قولٌ خرّجه علىٰ ما سيأتي ذكره ، إن شاء الله في أن المحارب لو قتل من لا يكافئه هل يقتل به ؟ فقال : إذا رأينا قتله بمن لا يكافئه ؛ تغليظاً للقتل الواقع في الحرابة ، فلا يبعد أن نقطع عضويه وإن نقص ما أخذه عن نصاب .

وهـٰذا متروك عليه مزيف باتفاق **الأصحاب** ؛ فإنا إذا أخذنا عضويه بنصاب واحدٍ ، كان هـٰذا التغليظ كافياً ، هـٰذا موجب أخذ المال .

١١١٧٧ـ وإن قتل المحارب ولم يأخذ المال ، استوجب القتل [متحتماً ، وسنعقد في تحتم القتل][٢] وما يتصل من الكلام فصلاً علىٰ أثر هـٰذا ، وقدر غرضنا الآن أنه لا يجب بالقتل المجرد إلا القتل ، ومزية التغليظ بسبب الحرابة تحتُّمُ القتل ، كما سنصفه إن شاء الله تعالىٰ .

١١١٧٨ـ فإذن علىٰ من جرّدَ أخْذَ المال قطْعُ العضوين ، وإن لم نجد له اليدَ اليمين والرجل اليسرىٰ ، قطعنا يده اليسرىٰ ورجله اليمين ، وقدرنا كأن هـٰذا أخذٌ ثانٍ منه علىٰ حكم المحاربة . ولو وجدنا يده اليمنىٰ ، ولم نجد له الرجل اليسرى/ فقد قال **العراقيون** : نكتفي بقطع اليد اليمنىٰ ، واعتلّوا بأن قالوا : اليد والرجل في حد المحاربة كاليد الفردة في حد السرقة ، ثم لو وجدنا يد السارق ناقصة ، اكتفينا بما وجدنا ـ على التفاصيل المقدمة ـ فكذلك إذا وجدنا أحد العضوين اكتفينا به . ٩٦ ش

ولم أر هـٰذا منصوصاً عليه في طرق **المراوزة** ، ولـٰكن الذي يقتضيه القياس ما ذكروه ، ووجهه بيّن ، وقد يخطر للفقيه إذا وجدنا اليدَ اليمنىٰ ، ولم نجد الرجل اليسرىٰ ، فإنا نعدل إلى اليد اليسرىٰ بدلاً عن الرجل اليسرىٰ ؛ فإنا لو لم نجد اليد اليمنىٰ والرجل اليسرىٰ ، لقطعنا اليد اليسرىٰ والرجل اليمنىٰ ، وهـٰذا لا تعويل عليه ،

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت٤) .

(٢) ما بين المعقفين زيادة من (ت٤) .

ولا وجه إلا ما ذكره **العراقيون** من اتحاد الحدّ ، ووجدان بعض المحل ، وذلك يتضمن الاكتفاء بالموجود ، وفي قطع اليسار استيعاب جنس اليد وهـٰذا ضم عذاب إلىٰ عذاب .

١١١٧٩ـ ولو أخذ المال علىٰ وجهٍ يوجب القطع ، وقتل ، فالمذهب المشهور أنا لا نقطعه ولا نقتصر علىٰ قتله ، ولـٰكنا نقتله ونصلبه ، فيكون القتل في مقابلة القتل ، والتنكيل بالصلب في مقابلة أخذ المال ، **وأبو حنيفة**(١) يقول : صاحب الأمر بالخيار إن أحب قطع وقتل ولم يصلب ، وإن أحب قتل وصلب ، ولم يقطع والمسألة مشهورة معه ، وقال **أبو الطيب بنُ سلمة** من أئمة المذهب : إذا أخذ المال وقتل ، قُطعت يده ورجله لأخذه المال ، وقُتل لقتله ، وصُلب لجمعه بين أخذ المال والقتل ، ورأىٰ ما ذكرناه محتوماً ، وهـٰذا بعيد عن القانون . وكان يكفيه إذا صار إلىٰ هـٰذا المذهب أن يوجب القطع والقتل من غير خِيَرة ، ولـٰكن اضطر إلى الصلب لكونه منصوصاً عليه في القرآن ، وليس للصلب محلٌّ إلا في حق من يجمع بين أخذ المال والقتل .

وذكر **صاحب التقريب** قولاً آخر يخالف ما ذكر **أبو الطيب** ، فقال : من أخذ نصاباً وقتل ، قُطع وقُتل ، ولم يصلب . وإن قتل وأخذ ما دون النصاب ، لم يقطع ، ولـٰكن يقتل ويصلب ، فالقتل علىٰ مقابلة القتل ، والتنكيل بالصلب علىٰ مقابلة أخذ مقدارٍ من المال لا يوجب القطع .

ي ٩٧ وهـٰذا وما/ حكيناه عن **أبي الطيب** لا أصل لهما ، والمذهب ما قدمناه من القتل والصلب إذا أخذ نصاباً ، وقتل .

ثم إذا فرعنا علىٰ ما هو المذهب وأردنا الجمع بين القتل والصلب ، فالمذهب الصحيح أنه يقتل على الأرض ، ثم يصلب قتيلاً ، وذهب **بعض السلف** إلىٰ أنه يصلب [حيّاً](٢) ويقتل مصلوباً ، وقد حكىٰ **الشافعي** هـٰذا المذهب حكاية أشعرت بارتضاه ، فصار صائرون من **الأصحاب** إلىٰ أنه قولٌ **للشافعي** ، والصحيح أنه حكايةُ مذهب الغير .

---

(١) ر . الهداية ٢/ ٤٢٣ ، ملتقى الأبحر : ١/ ٣٥٢ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٢٥٠ .

(٢) زيادة من (ت٤) .

التفريع : ١١١٨٠ـ إن حكمنا بأنه يقتل مصلوباً ، ففي كيفية قتله **وجهان** : **من أصحابنا** من قال : إنه يصلب حياً ، ويمنع الطعام والشراب ، حتىٰ يموت جوعاً وعطشاً ، وهـٰذا مذهب **بعض السلف** ، ولا ينبغي **أن** يعد هـٰذا **من** متن مذهب **الشافعي** .

ومن أصحابنا من قال : يقتل على الصليب بحديدة يعمد[١] بها مقتله علىٰ وجه يوحي[٢] . وهـٰذا مذهب **أبي حنيفة**[٣] .

١١١٨١ـ ثم إذا صلب قتيلاً ، أو قتل مصلوباً ، فكم يترك على الصليب ؟ في المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنه لا يترك أكثر من ثلاثة أيام . **والثاني** ـ أنه يترك على الصليب حتىٰ يتهرّأ قال **الصيدلاني** : ويتفتت ويسيل ودكه عليه ؛ مبالغة في الردع والتنكيل ، والصليب اسم للودك ، والاصطلاب [استخراج][٤] الودك ، ومنه قول القائل :

« وبات شيخ العيال يصطلب »[٥] .

وتلك الخشبة علىٰ هيئتها سميت صليباً لسيلان الصليب عليها .

ثم قال **الأصحاب** : إن قلنا : لا يترك مصلوباً أكثر من ثلاثة أيام ، فلو نتُن وكان يتفاحش تغيره قبل الثلاث ، فهل يُنزل من الصليب ؟ فعلىٰ وجهين . وإذا قلنا : إنه يترك حتىٰ يسيل صديده ، فقد صرح **الصيدلاني** بأنه يترك حتىٰ يتساقط .

---

(١) ت٤ : يغمز .
(٢) يوحي : أي يسرع .
(٣) ر . المبسوط : ٩/ ١٩٦ ، فتح القدير : ٥/ ١٨٠ .
(٤) في الأصل : (اسحرال) كذا بدون نقط .
(٥) هـٰذا عجز بيت للكميت الأسدي ، وتمامه :

واحتلّ بَرْكُ الشتاء منزله وبات شيخ العيال يصطلب

احتلّ : بمعنىٰ حلّ . والبرك : الصدر ، واستعاره للشتاء ، أي جاء صدر الشتاء ، ومعظمه في منزله ، يصف شدة الزمان وجدبه ، لأن غالب الجدب إنما يكون في زمن الشتاء . (ر . لسان العرب/ مادة : ص . ل . ب) .

وفي القلب من هـٰذا شيء ، فإني لم أر هـٰذا لغيره ، والذي ذكره **بعض الأصحاب** أنه يترك حتىٰ يسيل صليبه وودكه ، والتساقط يقع بعد هـٰذا بمدة طويلة ، وإذا كنا ننتظر سيلان صليبه ، فلا نبالي بإنتانه ؛ إذ لا بد من هـٰذا .

١١١٨٢ـ ثم إذا قلنا : يترك على الصليب ثلاثة أيامٍ أو أقل ، فيُنزل ، ويسلّم إلىٰ أهله ، حتىٰ يغسلوه ، ويكفنوه ، ويصلىٰ عليه ، ويدفن في مقابر المسلمين .

وقال **أبو حنيفة**[1] : لا يغسل ولا يصلىٰ عليه تغليظاً ، ولا يبعد أن يقول ذلك هاهنا ، وقد صار إليه في البغاة/ المتمسكين بالتأويل . ش ٩٧

وإن قلنا : يترك على الصليب حتىٰ يسيل ودكه ، فقد قال **الصيدلاني** : يقتل على الأرض ويغسل ويصلىٰ عليه ، ثم يصلب ، ثم اتفق **الأصحاب** في الطرق أن الغسل والصلاة لا يتركان ، وذكر وقت الصلاة والغسل **الصيدلاني** ، وهـٰذا الذي ذكره يتفرع علىٰ ما هو ظاهر المذهب ، وهو أنه يقتل على الأرض ، فإن فرّع متفرع علىٰ أنه يقتل بعد الصلب ، ويترك على الصليب ، فتصوير غسله والصلاة عليه عسر ؛ سيّما إذا بالغنا ورأينا أن يترك حتىٰ يتساقط ، ولو قال : نجمع عظامه ونصلي عليها ، كان في نهاية البعد .

فهـٰذا منتهى القول في ذلك ، نقلاً وإمكاناً ، وقد انتجز الكلام في عقوبة من يأخذ المال ولا يقتل ، وفي عقوبة من يقتل ولا يأخذ المال ، وفي عقوبة من يجمع بينهما .

١١١٨٣ـ وبقي الكلام في قوله تعالىٰ : « **وينفوا من الأرض** » وهـٰذا مذكور علىٰ سياق ذكر عقوبات المحاربين ، **ولأصحابنا** في معنى النفي من الأرض **مسلكان** : **أصحهما** ـ وهو الذي ذكره **الجماهير** ـ أن معنىٰ نفيهم من الأرض إذا ولَّوْا لما شعروا بأنهم مطلوبون ، فالإمام يُلحق الطلب بهم ، وهم يدأبون في الهرب ، وأصحاب الإمام لا يقصرون في الطلب فيتشردون مطلوبين ، والغرض أن يُلحقوا ، فإن كانوا استوجبوا حدوداً ، أقيمت عليهم ، وإن لم يقترفوا ما يوجب الحد ، ولـٰكن تجمعوا

---

(١) ر . المبسوط : ١٠/١٣١ .

وتكثروا [وهيبوا][(١)] وخوَّفوا ، فالإمام إذا ظفر بهم بالغ في تعزيرهم علىٰ ما سيأتي مراتب التعزير ، بعد هـٰذا ، في باب ، إن شاء الله .

هـٰذا هو المسلك المرضي .

ومن أصحابنا من قال : النفي من جملة العقوبات الملتحقة بالحدود ، وليس المراد به الطلب إذاً ، ولـٰكن التجمع والتكثر والتهيب وتخويف الرفاق[(٢)] يوجب النفي بعد القدرة والظفر ، ثم إذا نفاهم الإمام في صوبٍ عينه لهم ، حجر عليهم أن يحيدوا عنه ، ولم يتركهم ينطلقوا حيث شاؤوا ، والأولىٰ أن يُسيِّبهم[(٣)] في جهة يحتف بهم فيها أهل النجدة والبأس ؛ حتىٰ لا يتأتىٰ منهم الترصد للناس ، والعود إلىٰ ما كانوا عليه ، ثم اختلف **الأصحاب** ، فقال **قائلون** ينفَوْن إلىٰ بلدة ، ثم يعزرون فيها ضماً إلى النفي ، إما بالضرب ، وإما بالحبس ، وقال **آخرون** : للإمام أن يقتصر على النفي إذا رأىٰ ذلك .

ثم قال هـٰؤلاء/ : إذا رأى النفي أو الحبس ، لم يبلغ مدة الحبس والنفي سنة ، فإن التغريب سنة من حد الزنا ، وهـٰؤلاء ما اقترفوا موجِب حد . ٩٨ ي

وكل ذلك عندي خبط وتخليط ؛ فإنهم لم يرتكبوا ما يستوجبون به حدّاً ، فإن كان هـٰذا النفي تعزيراً ، فينبغي أن لا يجب ؛ فإن ما يتعلق بحقوق الله تعالىٰ من التعزيرات لا يُقضىٰ بتحتمه ، كما سيأتي ذلك ، إن شاء الله ، ثم إن كان تعزيراً غيرَ متحتم ، فيبعد أن يختص بالنفي حتىٰ[(٤)] لا يجد الإمام منه بداً إن أراد التعزير ؛ فإن أصله إلىٰ رأيه ونظره ، فإذا تخير في أصله ، وجب أن يكون جنسه [وصنفه][(٥)] إلىٰ رأيه ، وإن صار صائرون إلىٰ أن هـٰذا النفيَ تعزير واجب ليس للإمام تركه ، فهو مخالف لقاعدة المذهب

---

(١) في النسختين : « وتبينوا » . والمثبت من البسيط للغزالي .

(٢) الرفاق : جمع رفقة : والمعنىٰ : وتخويف القوافل .

(٣) كذا في النسختين . والمعنىٰ أن يتركهم في جهة بحيث يكونون تحت أعين رجال النجدة وفي قبضتهم ، فهم يحيطون ولا يغفلون عنهم . وليس المعنىٰ أن يسيِّبهم يذهبون حيث شاءوا ، كما هو المعنى الحرفي لكلمة (يسيبهم) بل المعنىٰ : ألا يحبسهم ، فهم مطلقون ، ولـٰكن يحتف بهم أهل النجدة .

(٤) سقطت من (ت٤) .

(٥) في الأصل : « وصنعة » .

في التعزيرات التي تجب في حقوق الله تعالىٰ . فالوجه حمل النفي علىٰ أن يُطلبوا ، حتىٰ إذا صودفوا أقيمت عليهم الحدود إن استوجبوها ، وإن لم يستوجبوها ، رأى الإمام رأيه في تعزيرهم .

ثم إذا كان الطلب لأجل التعزير ، لم يتعين على الإمام الطلب ، كما لا يتعين عليه التعزير لو ظفر بهم .

نعم ، يجب عليه بالنظر الكلي[١] نفضُ جميع الطرق عن أهل الفساد ، وكان **شيخي** يقول : من تغليطات حدود المحاربين أن الأئمة اختلفوا في أن من استوجب حداً وهرب هل يسقط الحد عنه ؟ وهـٰؤلاء إذا استوجبوا الحدود [وهربوا][٢] ، فلا يجوز أن يتركوا ، بل يلحق الطلب بهم ؛ فإنّ تركهم يجر شراً عظيماً قد يتفاقم ، ويبلغ مبلغاً يعجز الإمام عن استدراكه . وقد انتهىٰ بعضُ التفصيل في عقوبات الحرابة .

١١١٨٤ـ ونحن الآن نعقد فصلاً في استيجاب القتل بالقتل في حالة المحاربة ، فنقول : إذا صدر القتل من المحارب خطأ ، أو علىٰ وجهٍ شبه العمد ، فلا خلاف أنه لا يستوجب القتل ، وإن قتل عمداً محضاً من يكافئه ، وجب القتل ، وهـٰذا القتل متحتم ، لا يجد ولي القتيل إلىٰ إسقاطه سبيلاً . هـٰذا متفق عليه .

وذكر **الأئمة** قولين مستخرجين من أصول المذهب في أن هـٰذا القتل [يتمحض][٣] حقاً لله تعالىٰ ، [أم فيه حقٌّ لله تعالىٰ][٤] ويشوبه حق الآدمي : **أحد القولين** ـ أنه [يتمحض][٥] حدّاً ، **والثاني** ـ أنه مشوب بحق الله تعالىٰ ، وحق الآدمي .

ش ٩٨ وبنىٰ **الأئمة** علىٰ هـٰذين القولين **مسائل** : **أحدها** ـ أنه لو قتل/ المحارب من لا يكافئه ، ولا يستوجب القصاص بقتله في غير المحاربة ، فهل يجب القتل عليه ؟ إن حكمنا بأن قتل المحارب يتمحض حقاً لله تعالىٰ ، فلا ينظر إلىٰ صفات الكفاءة ،

---

(١) في الأصل : « يجب عليه التعزير بالنظر الكلي » . والمثبت من (ت٤) .
(٢) في الأصل : « وخرجوا » .
(٣) في الأصل : « يمحض » .
(٤) زيادة من (ت٤) .
(٥) في الأصل : « تمحض » .

ونقول : لو قَتَل المحاربُ ذمياً من الرفقة ، والقاتل مسلم ، أو قتل الحر المحارب عبداً من أهل الرفقة ، أو قتل الأب ابنه ، أو قتل السيد عبده ، وكان عبدُه في الرفقة ، فإنه يستوجب القتل حداً لله تعالىٰ في هـٰذه المواضع ، ولا ننظر إلى الصفات التي نعتبرها في نفي القصاص .

وإن قلنا : قتل المحارب يشوبه حق الآدمي ، ولا بد من رعاية صفات الكفاءة ، حتىٰ لا يستوجب المحارب القتل إلا بقتلٍ يستوجب بمثله القصاص لو صدر منه في غير حالة الحرابة ، وهـٰذا التفريع علىٰ وجهه .

وفي قتل السيد بعبده إذا قلنا : القتل محض حق الله تعالىٰ نظرٌ ، وقد قطع **القاضي** بأن السيد يُقتل إذا قتل عبدَه ، والعبد في الرفقة ، وقال **الصيدلاني** : يستوجب المحارب القتلَ بكل قتلٍ محرم يقع بأهل الرفقة ، إلا إذا قتل عبده ، واعتلّ بأنه لا يفرض انحياز العبد عن المولىٰ ، ومصيره إلىٰ [حزب][1] الرفاق ، فإذا وقع القتل به ، فليس القتيل من[2] حزبٍ هم على اللصوص[3] .

ثم لو فَرَض فارض مكاتَباً لهـٰذا المحارب القاتل ، وهو في الرفاق ، فإذا فرض موت المكاتَب ، انقلب رقيقاً ، ولو فرض العبد مستأجَراً للرفاق ، فله أن يذب سيده عن الرفقة ، ولـٰكنه مملوك [قن][4] ، والقتل يقع برقبته ، هـٰذا مسلك **الصيدلاني** . **والقاضي** قطع بما قدمناه ، وألحق القتل الواجب حداً بالكفارة التي تجب [حقّاً][5] لله تعالىٰ .

وإذا كنا نوجب القتل حداً على السيد علىٰ طريقة **القاضي** ، فلا بد أن نصور له اختصاصاً بالرفقة ، [ولا وجه إلا أن يكون][6] مستأجراً لخدمة الرفاق ، أو يفرض

---

(١) في الأصل : حرب (بوضع علامة الإهمال على الراء) .
(٢) ت٤ : فليس القتل علىٰ حزب هم من اللصوص .
(٣) والمعنىٰ أن العبد القتيل ليس قتيل المحاربين ، فهو ليس حرباً عليهم ؛ إذ فيهم سيده ، الذي لا يتصور الصيدلاني أن ينحاز عنه .
(٤) زيادة من (ت٤) .
(٥) في النسختين : « حدًّا » والمثبت تصرف من المحقق .
(٦) عبارة الأصل : « ولا وجه له أن يكون . . » .

مأذوناً له من جهة السيد ، والسيد قتله غير شاعر به .

١١١٨٥ـ ومما فرعه **الأصحاب** على القولين المذكورين في أن المحارب إذا قتل استوجب القتل حتماً ، فلو مات قبل أن يُقتل ، فإن قلنا : يتمحض قتله حداً لله تعالىٰ ، فليس لولي الدم حقٌّ في تركته ، وإن قلنا : حق الآدمي مشوب بحق الله تعالىٰ ، فإذا فات/ الحد بفوات محله ، كان لأولياء القتيل أن يطلبوا الدية من تركة المحارب القاتل . ي٩٩

وإذا قتل جماعةً ، إن قلنا : يتمحض قتله حداً لله تعالىٰ ، لم يلزمه إلا قَتْلُه في مقابلة جميع القتلىٰ (١ وإن قلنا : يشوبه حق الآدمي ، فقَتْلُه يقع لواحدٍ منهم ، فإن كان قتلهم على الترتيب ، قتل بالأول ، وللباقين ديات القتلىٰ ١) وإن قتلهم دفعة واحدة ، أُقرع فيما بينهم ، فيقتل بمن خرجت له القرعة وللباقين الدية .

والأصح عندنا في قياس المذهب أن القتل يقع مشوباً ؛ فإن من قتل في غير المحاربة استوجب القصاص حقاً للآدمي ، فإذا قتل في حالة المحاربة ، استحال أن يسقط حقُّ الآدمي [وقد اتفق **الأصحاب** علىٰ أنه إذا اجتمع في محلٍّ واحد عقوبةٌ هي حق للآدمي](٢) ، وعقوبةٌ لله تعالىٰ ، فالمغلب حق الآدمي ؛ فإسقاط حق الآدمي بالكلية لا وجه له .

والذي يتمم التفريع في ذلك أنا إذا قلنا : حق الآدمي ثابت في القتل ، فإن(٣) لم يعف ولي الدم ، أقمنا الحد . والوجه أن نقول : القتل بالقتل ، والتحتم حقٌّ لله تعالىٰ ، وإن عفا ولي الدم . فإن قلنا : [لا حق للآدمي في هٰذا القتل ، فالعفو لغو ، ولا حق له في الدية](٤) ، وإن قلنا : حق الآدمي ثابت في الدم ، فإذا قال الولي : عفوت علىٰ مالٍ ، فله الدية ، والمحارب مقتول حدّاً لله تعالىٰ ، وهو بمثابة مرتد

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٢) ما بين المعقفين زيادة من (ت٤) .
(٣) ت٤ : « فلو لم يعف » .
(٤) ما بين المعقفين سقط من الأصل . وأثبتناه من (ت٤) .

يستوجب القصاص ، فإذا عفا ولي الدم ، يرجع إلى المال ، وقُتل المرتد بردته .

١١١٨٦ـ ونختم ما ذكرناه بمسألةٍ من الفصل الذي سيأتي إن شاء الله تعالىٰ ، فنقول : إذا قتل قاطع الطريق واستوجب القتلَ ، وتاب قبل الظفر به ، فسنوضح أنه يسقط ما كان حقاً لله تعالىٰ مختصاً بالمحاربة ، وأثر هـٰذا أن تحتّم القتل يسقط ، قال **الأصحاب** : يبقى القصاص إلىٰ خِيَرة الولي ، وقال **بعض أصحابنا** : هـٰذا يفرع علىٰ أن القتل علىٰ قاطع الطريق محض حق الله تعالىٰ أم للآدمي فيه حق ؟ فإن قلنا : للآدمي فيه حق ، فيبقى القصاص ، وإن سقط تحتُّم القتل حقاً لله تعالىٰ .

وإن قلنا : لا حق للآدمي ، فإذا سقط القتل بالتوبة ، فلا قصاص للآدمي ، ولا دية ، وهو كما لو مات المحارب وفات الحد ، وقلنا : القتل محض حق الله تعالىٰ ، فلا دية لولي الدم ، وهـٰذا لا ينكر ضعفَه فقيه ، ولـٰكنه قياس ما قدمناه من التفاريع .

فانتظم مما ذكرناه أنا إن قلنا : للآدمي حقٌّ ، بقي القصاص ، وسقط التحتم بالتوبة ، وإن قلنا : لا حق للآدمي ، فإذا تاب قبل الظفر ، ففي بقاء/ القصاص ٩٩ ش وجهان : **أحدهما** ـ أنه يسقط ، وهو قياس هـٰذا القول الضعيف . **والثاني** ـ لا يسقط ، وهو الذي صححه **الأئمة**[١] .

ونحن نقول : إن كان هـٰذا هو الصحيح ، فإطلاق القول بأن القتل محض حق الله تعالىٰ لا وجه له ، بل الوجه أن نقول : الغالب حق الله تعالىٰ ، أو حق الآدمي . والذي يقتضيه قياس المذهب إثبات الحق على الشَّوْب والاشتراك من غير تغليب ، فإن حصل التوافق على القتل ، [فذاك][٢] ، وإن فات الحد ، بقي حق الآدمي ، وإن عفا الآدمي ، فله المال ، وحق الله يستوفىٰ ، فهو إذاً قتلٌ معلل بعلّتين ، ولو أمكن قتلان لأثبتناهما .

---

(١) ت٤ : « القاضي » .

(٢) سقطت من الأصل .

فصل

١١١٨٧ـ المحارب إذا جنىٰ جنايةً علىٰ بعض من في الرفقة ، فإذا كانت تلك الجناية لا توجب القصاص كالجائفة ، وما في معناها ، فلا يُجرح المحارب بسبب جرحه ، وإن جنىٰ جناية يتعلق بمثلها القصاص ، مثل أن يُبين عضواً من أعضاء القصاص ، فقد قال **بعض الأصحاب** : إن قَطَع من الجوارح ، وهي اليدان والرجلان ، فمعلوم أنها تُستحق[1] لله حداً ، فإذا تضمنت الجناية إبانة عضو من هـٰذه الأعضاء فيتحتم قطع ذلك العضو من المحارب ، كما يتحتم قتله إذا قَتل ، ثم يجري التفريع في الطرف علىٰ حسب جريانه في القتل .

ولو قطع المحارب عضواً [من أعضاء][2] يتعلق بقطعها القصاص ، ولـٰكنها لا تُستحق حقاً لله تعالىٰ ، كقطع الأذن والأنف وفقوء العين ، فهل يتحتم قطع ذلك العضو منه ، أم يجب القصاص علىٰ حكم الخِيَرة ؟ فعلىٰ وجهين وتوجيههما بيّنٌ ، هـٰذه طريقة .

وذهب **معظم الأصحاب** إلىٰ طرد القولين في اليدين والرجلين ، فقالوا : في تحتم [قطع][3] هـٰذه الأعضاء من المحارب إذا قطعها **قولان** : **أحدهما** ـ أنه لا يتحتم قطعها ، [وإنما التحتم في القتل ، فحسب . **والثاني** ـ أنه يتحتم قطعها][4] ثم طردوا هـٰذا الخلاف في الأعضاء كلها ، إذا كانت أعضاءَ القصاص .

ومن جمع طرق **الأصحاب** نظم في الأعضاء التي هي أعضاء القصاص **ثلاثةَ أقوال** : **أحدها** ـ أنه لا يتحتم استيفاؤها من المحارب ، إذا أبانها . **والثاني** ـ أنه يتحتم من غير فصْل . **والثالث** ـ أن التحتم يجري في اليدين والرجلين دون غيرهما .

ي ١٠٠ ولو جرح المحارب واحداً/ من الرفقة ، وانجلى القصد والدفع ، فمات ذلك

---

(١) ت٤ : « أنها مما يستحق لله تعالىٰ حداً » .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) زيادةٌ منا حيث لا وجود لها في النسختين .
(٤) ما بين المعقفين زيادة من (ت٤) .

المجروح بعد أيام مثلاً ، فالقتل يجب حداً ، وإن لم يتم في حالة المحاربة ، ولو جرح وتاب قبل الظفر ، وحصل الموت والزهوق بعد الظفر ، [فالتوبة قبل الظفر][(١)] هل تؤثر في إسقاط تحتم القتل ؟ (٢ هـٰذا فيه احتمال ؛ لأن القتل يجب عند الزهوق ، وهو إذ ذاك مظفور به ، ولعل الأظهر سقوط تحتم القتل ٢) نظراً إلىٰ حالة الجرح ، وهـٰذا يلتفت علىٰ مسائلَ من هـٰذا الجنس ذكرناها في أول الجراح ، منها : أن كافراً لو جرح كافراً ثم أسلم الجارح ، ومات المجروح ، ففي وجوب القصاص على الجارح وجهان .

فصل

قال : « ومن تاب منهم قبل أن نقدر عليهم . . . إلىٰ آخره »[(٣)] .

١١١٨٨ـ قاطع الطريق إذا تاب قبل الظفر به ، فالتوبة تُسقط الحدودَ المختصة بالحرابة ، قال الله تعالىٰ : ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡ ﴾ [المائدة : ٣٤] . ثم قال **الأئمة** : العقوبات المختصات بالحرابة **ثلاثة**[(٤)] : التحتم في القتل إن كان قتلٌ ، والصلب إن استوجبه بسببه ، وقطع الرجل ، فأما قطع اليد ، فليس من خصائص الحرابة ؛ فإن السارق تقطع يمناه ، ففي سقوط قطع اليد إذا وقعت التوبة قبل الظفر **وجهان** : **أحدهما ـ** أنه لا يسقط ، لما ذكرناه من أنه ليس مختصاً بالحرابة . **والثاني ـ** أنه يسقط ؛ فإن اليد والرجل كالعضو الواحد ؛ فإذا سقط قطع الرجل ، لم يتبعض الأمر ، وترتب علىٰ سقوط قطع الرجل سقوط قطع اليد .

هـٰذا إذا تاب قبل الظفر .

---

(١) زيادة من (ت٤) .
(٢) ما بين القوسين سقط من (ت٤) .
(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٧٣ .
(٤) إذا تقدم المعدود يجوز الموافقة في التذكير والتأنيث . نقول : العقوبات ثلاث (على المشهور) والعقوبات ثلاثة . وهـٰذا أيضاً صحيح ، وإن لم يكن دائراً على الألسن .

١١١٨٩ـ وإن تاب بعد الظفر ، ففي سقوط العقوبات [مما][(١)] يختص بقطع الطريق وما لا يختص به **قولان** ، وأجرىٰ **الأصحاب** هـٰذين القولين في سائر الحدود كالقطع في السرقة ، وحد الشرب ، والزنا ، وقد ذكرنا هـٰذا في كتاب الحدود .

والذي نريده هاهنا أن تخصيص التوبة بما قبل الظفر وتقييدها به ، يكاد أن يكون نصّاً في أن التوبة بعد الظفر لا تؤثر ، ولـٰكن من نَصَر قولَ قبول التوبة في الحدود كلها ، عارض هـٰذا التقييد أوّلاً بجريان ذكر التوبة علىٰ أثر آية السرقة ؛ فإنه تعالىٰ قال بعد/ آية السرقة : ﴿ فَمَن تَابَ مِنۢ بَعۡدِ ظُلۡمِهِۦ وَأَصۡلَحَ ﴾ [المائدة : ٣٩] فاقتضىٰ هـٰذا تأثيرَ التوبة في حد السرقة ، فلو قال قائل : ليس لسقوط الحد ذكرٌ في هـٰذه الآية ، وإنما ذكر الله تعالى المغفرة ؟ قيل : لم يجر في التوبة قبل الظفر في آية المحاربة أيضاً ذكر الحدود وسقوطها ، ولـٰكن ذكر المغفرة في الموضعين في العقوبات الثابتة لله تعالىٰ ، ظاهرٌ في إسقاطها .

ش ١٠٠

١١١٩٠ـ ومما تعرض له بعض **المحققين** أن الله تعالىٰ ذكر توبة المحارب قبل الظفر ، ولم يقيده بالإصلاح ، فقال : ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡ ﴾ وذكر التوبة بعد آية السرقة وقيدها بالإصلاح ، فقال تعالىٰ : ﴿ فَمَن تَابَ مِنۢ بَعۡدِ ظُلۡمِهِۦ وَأَصۡلَحَ ﴾ فالتوبة المجردة قبل الظفر تُسقط الحدودَ على التفصيل المقدم من غير إصلاح الحال . وإذا قلنا بقبول التوبة[(٢)] بعد الظفر ، فنفس إظهار التوبة لا يُسقط الحد حتىٰ ينضم إليها إصلاح الحال ، وكذلك القول في سائر الحدود إذا قلنا : إنها تسقط بالتوبة .

وهـٰذا كلام حسن مستند إلىٰ ظاهر القرآن ، وفيه طرفٌ من المعنىٰ ، وهو أن التوبة قبل الظفر في غالب الأمر لا تصدر إلا عن إضمار[(٣)] صحيح ، وإذا فرض إظهار التوبة

---

(١) في الأصل : ما .
(٢) في الأصل : « التوبة المجرّدة » ، والمثبت من (ت٤) ، حيث أطلقت التوبة ولم تقيدها (بالمجردة) ، وهو الذي يقتضيه القياس .
(٣) ت٤ : « احتمال » .

بعد الظفر ، فالغالب أنه صادر عن [ضبطٍ][(١)] تحت القهر واستيلاء يد الإمام .

وهٰذا وإن اتجه على الوجه الذي ذكرناه ، فتفريعه عسر ، كما سنذكره ، إن شاء الله تعالىٰ . وهٰذا التفصيل يحكىٰ عن **القاضي** . **والأصحابُ** مجمعون علىٰ أنا إذا حكمنا بأن التوبة تُسقط الحدود ، فمجرد إظهارها كافٍ ، وهو بمثابة إظهار الإسلام تحت ظلال السيوف .

ثم سبيل التفريع علىٰ ما ذكره **القاضي** أن من أظهر التوبة امتحناه سراً وعلناً ، فإن ظهر الصلاح في أعماله ، حكمنا بسقوط الحد ، وإن بدا نقيض ذلك ، فالتوبة لا تُسقط الحد .

وهٰذا كلام مضطرب ، فإن هٰذا التائب إن حُبس ، كان محالاً ، وإن خلّي سبيله ، فلا معنىٰ لاتباعه بهناة تصدر منه ، وقد [يزلّ بعضَ الزلل][(٢)] ، ثم [لا ندري][(٣)] أن الإصلاح مرعيٌّ في قبيل/ من تاب عنه ، أو في جميع الأحوال ، ولا ضبط لهٰذا الكلام . ١٠١ ي

وأنا أقول : ذكر التوبة المجردة قبل الظفر يدل علىٰ سقوط الحد بها ، وذكْر التوبة مع إصلاح العمل يدل على المغفرة باطناً ، والحدود مقامة ، والوجه تصحيح منع قبول التوبة إلا في المحاربين[(٤)] ، وتنزيل الكلام على الآية المطلقة والمقيّدة علىٰ ما ذكرناه .

---

(١) في النسختين : « خبط » . ولعلها محرفة عن (ضبط) التي أثبتناها . فالضبط هو الأخْذ بالحزم والشدة والقهر . (المعجم) .

(٢) في الأصل : « وقد ترك بعد الزنا » وت٤ : « وقد نزل بعض الزنا » والمثبت من تصرف المحقق علىٰ ضوء السياق .

(٣) في الأصل : ثم لا بد في أن ، والمثبت من (ت٤) .

(٤) ما استقرّ عليه المذهب هو ما قاله الإمام هنا ، من قوله : إن الصحيح قبول التوبة في المحاربين قبل القدرة عليهم وسقوط الحد بها ، وعدم سقوط الحد بها في غير المحاربين (ر . الشرح الكبير : ١١/٢٥٨ ، والروضة : ١٠/١٥٨) .

فَصْلٌ

قال : « ولو شهد شاهدان من أهل الرفقة . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

١١١٩١ـ إذا شهد شاهدان من الرفقة على المحاربين وقالوا : هـٰؤلاء تعرضوا لهـٰؤلاء ، فأخذوا أموالهم ، وقتلوا منهم ، وفصّلوا ما يجب تفصله ، ولم يتعرضوا لقصد المحاربين إياهم ، فالشهادة مقبولة ، ووجهه بيّن ، وليس على القاضي أن يستكشف ويبحث ويقول : هل أنتم من أهل الرفقة ؟ فإن سأل عن هـٰذا ، فلهم ألا يجيبوه ، وإن ألحّ ، قالوا : لا يلزمنا الجواب عن هـٰذا ، وإنما عندنا شهادة أقمناها ، وسيأتي نظائر هـٰذا في الشهادات ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو قال الشهود : تعرضوا لنا ، فذكروا أنفسهم وأصحابهم ، فشهاداتهم مردودة ؛ لأنهم صدّروها بإظهار العداوة ، وكذلك لو شهد شاهدٌ أن فلاناً قذف أمه وفلانة ، فشهادته غير مقبولة لأمه ، ولا لفلانة ؛ لأنه أظهر بها سبب العداوة .

ولو شهد شاهد بمالٍ مشترك بينه وبين صاحبٍ له ، فشهادته لنفسه مردودة في حصته ، وفي قبول شهادته لشريكه **قولان** ، سيأتي أصلهما وتفريعهما ، إن شاء الله تعالىٰ والقدْر الذي هو غرضنا هاهنا أن الشريك بشهادته لم يظهر عداوةً توجب تعميم الرد في شهادته ، فلذلك لم نقطع برد شهادته لشريكه .

فَصْلٌ

قال : « وإذا اجتمعت علىٰ رجل حدود . . . إلىٰ آخره »[(٢)] .

١١١٩٢ـ إذا اجتمعت علىٰ رجل عقوبات ، فلا يخلو إما أن يكون الكل حقاً لله تعالىٰ ، أو حقاً للآدمي ، أو البعض حق لله تعالىٰ ، والبعض للآدمي ، فإن كان الكل

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٣ .
(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٧٣ .

حقوقاً للآدمي مثل : أن يجتمع علىٰ رجل حد قذف ، وقطعُ يدٍ لإنسان قصاصاً ، وقتلٌ في النفس علىٰ سبيل القصاص .

قال **الأئمة** : إذا ازدحم الطالبون ، فالبداية بحد القذف ، ثم إذا جلدناه ، نتركه حتىٰ يندمل ، ثم نقطع ، [ولا][1] يتركُ حتىٰ يندمل ، بل يقتل/ في الحال ، إذا طلب المستحِق ؛ لأن المقصود إهلاك[2] الجملة ، ولم يبق غيره ، وإنما لم نقطعه علىٰ أثر حدّ القذف ، لأنا لو فعلنا ذلك ، لأوشك أن يموت بالجلد والقطع ، ويفوت حق القصاص في النفس . ١٠١ ش

هكذا ذكره **الأصحاب** .

١١١٩٣ـ وفي هٰذا بحثٌ وفضل نظر ؛ من جهة أن الحدّ ، والقطعَ ، والقتلَ قصاصاً لو ثبت لثلاثة نفر ، فإذا أقيم الحد ، فإن كان تأخير القطع بسبب إبقائه ، فهو مستحَق الدم ، فلا معنىٰ لتقرير الضنّة بدمه ، وإن كان السبب في الإمهال وانتظار الاندمال ألا يسقط القصاص في النفس ولا يفوت .

[فإذا][3] اجتمع مستحق الجلد والقتل والقطع ، ورضي الكافة بإقامة الحقوق وِلاءً ، وقال صاحب النفس : إن كنتم تتركونه بعد الجلد لحقي ، فقد رضيت ، فعجلوا القطع ، فهٰذا محل النظر : يجوز أن يقال : إذا وقع الرضا ، ابتدرنا الجلد والقطع بعده ، ثم القتل .

ويجوز أن يقال : لا بد من المَهَل بين الجلد والقطع ؛ لأن مستحق الدم قد يبدو له ألا يقتل ، وقد رُتب تقدّم الجلد والقطع علىٰ حقه . ولو أتبعنا الجلدَ القطعَ ، فليس ما يفرض من موتٍ بسبب توالي العقوبتين واقعاً عن القصاص المستحق في النفس ، فهٰذا يُفضي إلىٰ موتٍ غيرِ معتد به ، ولا سبيل إلىٰ إهدار الروح .

وهٰذا الوجه أظهر وأفقه .

---

(١) في الأصل : فلا .
(٢) ت٤ : هلاك .
(٣) في الأصل : وإذا .

وإن علمنا قطعاً أنه لو جلد وقطع على التوالي ، لم تَفِض نفسُه على الفور ـ وإن صار لما به[١] ـ فإذا قال صاحب النفس : عجلوا ، وأنا أقبل ، فيجب القطع هاهنا ؛ فإن له ذلك ، وما قدمناه فيه إذا كنا نجوّز أن تفيض نفسه لتوالي العقوبتين جميعاً ، فنقول : لو فعل ذلك ، لهلكت النفس ، لا عن جهة القصاص ، فلو قال القائل : إذا كان يتأتى الموالاة في أزمنة متقاربة[٢] بين هـٰذه العقوبات ، فقد يخطُِر[٣] لمستحق النفس أن يعفو ، ولو عفا ، فربما يهلك من والينا عليه بين العقوبتين ؟ قلنا : هـٰذا لا مبالاة به الآن ، فلا يجوز ترك حق الإنسان بناء علىٰ أنه قد يعفو .

١١١٩٤ـ فخرج مما ذكرناه أن مستحِق النفس إن كان غائباً في الصورة التي صورناها ، فلا وجه إلا الإمهال بين الجلد والقطع ، وإن/ حضر وكان من الممكن لو[٤] والَيْنا بين العقوبتين أن تفيض النفس بالقطع [اختراماً][٥] ، فهـٰذا محل التردد ، والأظهر الإمهال ، وإن كنا نعلم أن [الاخترام][٦] لا يقع ، فلا وجه للتأخير عند الطلب .

ي ١٠٢

وتبينا من هـٰذا المنتهىٰ مسألةً وهي أن من استُحِقت يدُه قصاصاً ، واستُحِقت نفسه

---

(١) كذا في النسختين : (وإن صار لما به) ولم أدر لها وجهاً ، ولم أعرف ما فيها من تصحيف وهي جملة معترضة علىٰ أية حال ، ومعناها ـ كما هو واضح من السياق ـ أنه يوالي بين الجلد والقطع ، وإن صار بذلك إلىٰ مماته ، ما دام ستبقىٰ فيه حياة مستقرة بعد القطع تتيح استيفاء القصاص في النفس . هـٰذا ، ولم يتعرض الغزالي في البسيط ولا الرافعي في الشرح الكبير ، ولا النووي في الروضة ، ولا العز بن عبد السلام في مختصره ـ لم يتعرض أي من هـٰؤلاء الكرام إلىٰ هـٰذا المعنىٰ مع تفصيلهم للمسألة وحكمها .

(٢) ت٤ : متفاوتة .

(٣) يخطر : من بابي ضرب وقعد .

(٤) ت٤ : وإن والينا .

(٥) في الأصل : (احراما) بهـٰذا الرسم وبدون نقط . وت٤ : (احتراما) كذا رسماً ونقطاً . والمثبت تقدير من المحقق ، والمعنىٰ : أننا إذا توقعنا أن تخرج نفسه بسبب توالي الجلد والقطع ، فهـٰذا محل التردد . وذلك أن الاخترام هو الهلاك بالجوائح ، وليس حتف الأنف (ر . المصباح) .

(٦) في الأصل : الإحرام . و(ت٤) : الاحترام .

أيضاً قصاصاً ، فالبداية بإجراء القصاص في الطرف ، ولا فرق بين أن يتقدم استحقاقه للقصاص وبين أن يتأخر ؛ فإن المرعي في هـٰذا الباب ألا نفوّتَ علىٰ ذي حق حقاً ، وهـٰذا لا يُتلقىٰ من الترتيب في الاستحقاق ، والدليل عليه أنا نقدم حدّ الله تعالىٰ في الاستيفاء إذا كان دون النفس على القتل المستحَق قصاصاً ، وإن كان حق الآدمي في العقوبة مقدماً على الحد .

والغرض من هـٰذا المساق أن مستحِق الطرف لو عفا عن الطرف ، فالقصاص قائم في النفس ، ولو لم يعف مستحق الطرف ، ولـٰكن كان يؤخر استيفاءَ القصاص ، [فإجباره][1] على التعجيل محال ، وحمله علىٰ [العفو محال][2] ، وتفويت حقّه بتسليط مستحق النفس على القتل لا وجه له .

وينتظم من هـٰذا المجموع أن من يستحق أنملة من إنسان يتسبب إلىٰ تأخير القصاص في نفسه ، وإنما فرضنا في القصاص ؛ (3 لأن حق الله تعالىٰ يعجل ، والإمام محمول عليه ، وهـٰذا لا يتحقق في القصاص ؛ فإن مستحق الطرف في القصاص 3) ، لا يُحَثُّ علىٰ [الاستيفاء][4] ولا يؤمر بالعفو ، ولا نفوِّت حقّه ، ولـٰكن مستحق النفس لو ابتدر ، وقتل ، وقع القصاص في النفس موقعه ، ويسقط القصاص في الطرف لفوات المحل وآل أمر مستحِق الطرف إلى المال ، وما ذكرناه فيه إذا كانت العقوبات حقوقاً للآدميين .

١١١٩٥ـ فأما إذا اجتمعت عقوبات لله تعالىٰ ، كحد الشرب ، وحد الزنا بالجلد ، وقطع اليد ، والقتل في الحرابة ، فلا بد من البداية بالأخف منها ، وهـٰذا الترتيب مستحَق ، فإنا إذا فعلنا ذلك ، وضممنا إليه الإمهال بين العقوبتين ، كان ذلك مسهِّلاً طريق إقامة الحدود ، مانعاً من/ الفوات في البعض ، ثم إذا حددناه للشرب ، ١٠٢ ش

(١) زيادة من (ت٤) .
(٢) في الأصل : « وحمله على العقوبات ، وتفويت. . . إلخ » .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت٤) .
(٤) في الأصل : « استيفاء » ، والمثبت من (ت٤) .

[نتركه][(١)] حتىٰ يندمل ، ثم نحده للزنا ، ونتركه حتىٰ يندمل ، ثم يقطع ، فإذا بقي القتل ، فلا معنىٰ للتوقف ، والإنجاز والإراحة أوْلىٰ .

ولو كان بعض العقوبات حقاً لله تعالىٰ والبعض حقاً للآدمي مثل : أن شرب ، وقذف ، وقطع يد إنسان قطْعَ قصاص ، وزنىٰ وهو ثيب ؛ فحد الشرب أخف ، ولـٰكنه حق لله تعالىٰ ، وحد القذف أغلظ ، ففي المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أنا نبدأ بحد الشرب لخفته ، ولما مهدناه [من الترتيب][(٢)] في توفية الحقوق . **والثاني** ـ البداية بحق الآدمي وهو حد القذف ؛ فإن حقه أولىٰ بالتقديم في العقوبات ، ثم نتركه حتىٰ يندمل ، ونوفي بقية الحدود على الترتيب المقدم .

ولو اجتمع حدُّ زنا البكر ، وقطعُ الطرف في القصاص ، فهـٰذا يخرج على الوجهين المذكورين في حد الشرب وحد القذف إذا اجتمعا ، فإن قلنا : البداية بالأخف ثَمَّ ، فها هنا نبدأ بحد الزنا ؛ فإن الجلد أخفُّ [من][(٣)] القطع ، وإن قلنا : البداية بحق الآدمي ، بدأنا بالقطع ، ثم نمهله حتىٰ يبرأ ، ثم نحده .

هـٰذا هو الترتيب في اجتماع العقوبات .

١١١٩٦ـ ومما يليق بهـٰذا المنتهىٰ أن المحارب إذا استوجب قطع طرفين ، فقد قال **الأئمة** : نوالي بين القطعين ولا نمهله ليبرأ عن قطع اليمين ، والسبب فيه أن قطع العضوين من المحارب حدٌّ واحد ، والحد الواحد لا يتبعض استيفاءً ، كما لم يتبعض وجوباً ، ولو وجب عليه قطع الرِّجل قصاصاً ، وقطْع اليمين عن جهة السرقة ، فنبدأ بتوفية القصاص ، ثم نمهله إلىٰ أن يبرأ ، ثم نقطع يمناه عن السرقة ؛ فإن العقوبتين مختلفتان ، ولا بد من رعاية هـٰذا الترتيب .

والمحارب [إذا][(٤)] كان يستوجب قطع اليد اليسرىٰ والرجل اليمنىٰ قصاصاً في غير حالة المحاربة ، ثم حارب ، وأخذ المال ، فاستُحِقَّت يده اليمنىٰ ورجله اليسرىٰ ، ثم

---

(١) في النسختين : « ونتركه » .
(٢) زيادة من (ت٤) .
(٣) في النسختين : « في » .
(٤) في الأصل : « وإذا » .

أجرينا القصاص في يده اليسرىٰ ورجلِه اليمنىٰ ، فلا نقطع طرفيه الباقيين حداً حتىٰ يبرأ ، ولو قطع يمين إنسان ، ووجب القصاص عليه في يمناه ، ثم سرق سرقةً توجب عليه القطع ، فقد ازدحم علىٰ يمناه الحد والقصاص ، ولـٰكن القصاص/ مقدّم ، وهـٰذا متفق عليه . ١٠٣ ي

فإن قيل : [قطعتم][1] القول بتقديم حق الآدمي في العقوبة إذا فرض الازدحام ، كما صورتموه ، وردّدتم الأقوال في حقوق الأموال ، وقلتم في قولٍ : نقدم حق الله تعالىٰ علىٰ حق الآدمي ، فما الفاصل بين الأصلين ؟

قلنا : حق الله تعالىٰ في العقوبات يتعرض للسقوط بالشبهات ، حتى انتهى الأمر فيها إلىٰ قبول الرجوع عن الإقرار بها ، وحق الآدمي في العقوبة آكد ، ولا يسقط بما يسقط به حق الله تعالىٰ ؛ فاقتضىٰ ذلك تقديم الآكد ، والحقوقُ المالية وإن أضيفت إلى الله تعالىٰ ، فإنها لا تتعرض للسقوط بالشبهات ، وانضاف إليه أن مصرف حقوقِ الله تعالىٰ في الأموال للآدميين ، فكأنه يجتمع فيه حق الآدمي والتأكد بالإضافة إلى الله تعالىٰ . هـٰذا هو الفرق بين الأصلين .

والذي يعضّد هـٰذا أن من استحق القصاص فوافى الجاني في شدة حرٍّ أو برد ، لم يجب عليه أن يؤخر الاقتصاص في الطرف ، وقد نوجب تأخير الحد عن شدة الحر والبرد .

ولو جرى اقتصاص في طرفٍ ، وفرض بعده استحقاق طرف في حدٍ ، فإنا نؤخر استيفاء الحد إلىٰ أن يبرأ ، ولو فرض استيفاء حدٍّ في طرف ، ثم وجب القصاص في طرف آخر ، أو كان واجباً ، فليس علىٰ مستحِق القصاص أن يؤخره .

والذي قدمناه في صدر الفصل من الإمهال بين الجلد والقطع قصاصاً مفروضٌ فيه إذا كان بعد القطع قتلٌ يخشىٰ فواتُه ، ثم فيه من التفاصيل ما مضىٰ .

١١١٩٧ـ ولو وجب على الإنسان القصاص لأسبابٍ ، فلم يتفق استيفاؤه حتىٰ أخذ المال في المحاربة ؛ فيجب عليه قطع اليد اليمنىٰ قصاصاً وحداً ، ويجب قطع الرجل

---

(١) زيادة من (ت٤) .

اليسرىٰ حداً ، فإذا طلب مستحق القصاص حقه ، أجيب إليه ، ثم إذا قطعت اليمنىٰ قصاصاً ، فهل نمهل المقطوعَ منه إلىٰ أن يندمل ؟ ذكر **العراقيون وجهين** : **أحدهما** ـ أنا لا نمهله ، وهو الأقيس ؛ لأن القصاص لو لم يكن ، لَوالَيْنا بين القطعين ، وقد تعلق وجوب الحد بالطرفين ، غيرَ أنا قدمنا القصاص ، ثم قلنا : بقيت الرجل للحد ، فلتقطع .

ش ١٠٣ **والوجه الثاني** ـ أنا نمهل/ ؛ لأن اليد إذا قطعت قصاصاً ، [فكأنها][1] لم تكن مستحَقةً حداً ، وكان لا يستحق في الحد إلا الرجل ، ولو استُحِقَّ من الرَّجُل **طرفان** : **أحدهما** ـ عن جهة القصاص ، **والآخر** ـ عن جهة الحد ؛ فإذا قطع الطرف المستحَق قصاصاً ، فلا بد من الإمهال إلى الاندمال .

ولو استُحِقت يمناه ورجلُه اليسرىٰ قصاصاً ، [وقَطَعَ][2] في الحرابة الطريقَ [فاستُحِقت][3] يدُه اليمنىٰ ورجله اليسرىٰ حداً ، فإن طلب مستحق القصاص ، مكناه من قطع الطرفين ، ثم يسقط الحد بفوات المحل ، علىٰ ما تمهد . وهـٰذه المسائل ، لا إشكال فيها .

ولـٰكن [المخوف][4] فيها على الناظر أن تزدحم عليه ، ويُلهَىٰ فكره عن التفصيل .

١١١٩٨ـ ومن تمام هـٰذا الفصل أن من زنىٰ مراراً ، ولم يتخلل بين الزنيات استيفاءُ الحد ، فإن كانت الحدود متفقة ، وإنما يفيد فرضها بالجلد ، حتىٰ يتصور تكريرها ، فإذا كان كذلك ، اكتفينا بجلد مائةٍ وتغريبه عاماً ، ثم لا يفضّ الحد على الزنيات ، بل نقول : هو في مقابلة جملتها ، وكان **شيخي** يقول : جملة الحد مقابل بكل زنية ، وإذا انتفىٰ عن فكر الفقيه التقسيط ، فلا مشاحة بعد ذلك في العبارات .

وقد تردد **العلماء** علىٰ وجهٍ آخر ، فقال **قائلون** : يجب حدودٌ علىٰ أعداد الزنيات ، ثم تتداخل ، وقال **آخرون** : الزنيات إذا لم يتخللها الحد كالحركات في زنية واحدة ،

---

(١) زيادة من (ت٤) . ومكانها بياض بالأصل .
(٢) في الأصل : « وقطعاً » . والمثبت من (ت٤) .
(٣) في النسختين : « واستحقت » .
(٤) في الأصل : « الجواب » . والمثبت من (ت٤) .

وهـٰذا أقرب ، فإن الوجوب والسقوط يجر خبلاً واضطراباً في الكلام . ثم اتحاد الحد محمول على ابتناء حدود الله تعالىٰ على الدرء والدفع ، والعجب أنه لا يجب بالوطآت في نكاح شبهة إلا مهر واحد ، فاشتمال الشبهة الواحدة علىٰ جميعها يجعلها كالوطأة الواحدة .

١١١٩٩ـ ولو زنى الرجل بكراً ، ثم ثاب[١] وأحصن ، فزنىٰ مرة أخرىٰ ، فموجب الزنية الأولىٰ يخالف موجبَ الزنية الثانية ، والمذهب الاكتفاء بالرجم ومن **أصحابنا** من قال : يجمع بين الجلد والرجم ؛ فإنهما مختلفان ، ليس أحدهما في معنى الثاني[٢] ، فصارا كعقوبتين [الجريمتين][٣] مختلفتين ، والله أعلم[٤] .

* * *

(١) ثاب : أي صار ثيباً .

(٢) لم يرجّح شيخا المذهب : الرافعي والنووي أحدَ الوجهين ، مثلما فعل إمام الحرمين ، بل اكتفيا بأن قالا : الأصح عند الإمام والغزالي أنه يكتفىٰ بالرجم ويدخل فيه الجلد ، والأصح عند البغوي وغيره أنه يجمع بين الحدين : الجلد والرجم .
ولـٰكنهما رجّحا ـ عند الجمع بين الحدين ـ القول بدخول التغريب في الرجم ، أي يجلد ثم يرجم ، ولا تغريب ، بل يدخل في الرجم . (ر . الشرح الكبير : ١١/ ٢٧١ ، والروضة : ١٠/١٦٦) .

(٣) في الأصل : كعقوبتين ويمين . وفي (ت٤) : كعقوبتين جريمتين .

(٤) إلىٰ هنا انتهىٰ هـٰذا الجزء من نسخة (ت٤) ، وجاء في خاتمتها ما نصه :
« آخر الجزء التاسع عشرة (كذا) من نهاية المطلب ، ويتلوه في الجزء العشرون كتاب الأشربة والحد فيها .
وبالله التوفيق وصلى الله علىٰ سيدنا محمد ، وآله أجمعين ، وسلم تسليماً كثيراً » .



كتاب الأشربة والحد فيها (١)

قال الشافعي رحمه الله : « كل شراب أسكر/ كثيره فقليله حرام. . . إلىٰ آخره »[٢] . ١٠٤ ي

١١٢٠٠ـ التعرض لما يحل ويحرم من الأشربة والأطعمة سيأتي في كتاب الأطعمة ، إن شاء الله تعالىٰ ، وغرض هـٰذا الكتاب ذكر تحريم المسكرات ، وما في معناها ، ومذهبنا أن كل ما أسكر كثيره ، فهو نجس . والقليل منه كالكثير في التحريم . والمسكر ما يخبل العقل ويطرب ، والمحرم باتفاق العلماء الخمرُ المطلقة ، وهي المتخذة من عصير العنب إذا كان نيّئاً ، واشتد وغلا وقذف بالزَّبَد ، ثم إسكار ما يسكر كإشباع ما يشبع وإرواء ما يَروي . ومذهب **أبي حنيفة**[٣] مشهور مذكور في الخلاف ، مردود عليه بالأخبار والآثار وطرق الاعتبار .

ثم من شرب مسكراً ، فقد تعاطىٰ محرماً . وسبيل القول في الحد أن ما وقع الوفاق علىٰ تحريمه من الخمور ؛ فلا خلاف في تعلق الحد بشربه ، وهو الذي قال **الفقهاء** : يكفر مستحله . والمعنيّ به أنه يكفر من علم أنها محرمة شرعاً واستحلها ؛ فإنّ

---

(١) يبدأ تحقيق هـٰذا القسم من الكتاب إلىٰ أثناء باب الجزية علىٰ أهل الكتاب علىٰ نسخة وحيدة هي (هـ٢) .

(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٧٤ .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤/ ٣٦٥ مسألة : ٢٠٥٨ ، رؤوس المسائل للزمخشري : مسألة ٥٠٣ ، بدائع الصنائع : ٥/ ١١٢ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٩/ ٢٢ وما بعدها ، البحر الرائق : ٨/ ٢٤٧ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٢٨٨ وما بعدها . وأما الردود بالأخبار والآثار فانظرها في : مختصر خلافيات البيهقي : ٥/ ٥ـ٢٧ مسألة : ٣٠٥ ، الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢/ ٩٢٥ مسألة ١٨٦٠ ، رؤوس المسائل الخلافية للعكبري الحنبلي : ٥/ ٦٨٠ـ٦٨٥ مسألة : ١٩٣٩ .

استحلالَه لها مع العلم بأن تحريمها ثابت في الشرع ردٌّ للشرع ، ورادُّ الشرع مكذبٌ للشارع ، وإطلاق القول بتكفير مستحل الخمر لم يصدره **الفقهاء** عن ثَبَتٍ وتحقيق ، وكيف يُكفَّر من خالف الإجماع ، ونحن لا نكفر من ردّ الإجماع ، بل نبدّعه ونضلّله ؟ والسرّ اللطيف في ذلك أنا نكفر من يصدق المجمعين في نسبتهم ما ذكروه إلى الشرع ، ثم يردّه .

وأما وجوب الحد ، فلا شك فيه . فإن أسلم وكان قريب عهد بالإسلام ، لم يبلغه تحريم الخمر فيما زعم ، فجهله يدرأ الحد عنه ، وهو بمثابة ما لو تعاطىٰ شراباً حسبه حلالاً ، ولم يشعر بكونه خمراً . وإن علم التحريم وجهل الحدَّ ، حُدّ .

وأما الأشربة المسكرة التي أباحها **أبو حنيفة** ؛ فقد قدمنا قول **الشافعي** في إقامة الحد على الحنفي مع قبول شهادته ، ونقلنا خلاف **الأصحاب** في كتاب الحدود ، وفصلنا بين استحلال الحنفي النبيذ وبين استحلال الذمّي الخمر .

١١٢٠١ـ قال الشافعي : « من شرب شراباً ظنه غير مسكر فسكر ، ومرت عليه مواقيت صلوات ، فلا قضاء عليه » وأجمع **الأصحاب** أنه/ أراد بما قال أن ما يظنه غير مسكر في جنسه ، فيكون كالمغمىٰ عليه تمرّ عليه مواقيت الصلوات . فأما إذا علم أن جنسه مسكر ، وظن أن قدره لا يسكره ، فإذا سكر لم يُعذر ، ويلزمه قضاء الصلوات التي تمر عليه مواقيتها في حالة السكر . وقد تمهدت هـٰذه الأصول فيما سبق . (ش ١٠٤)

١١٢٠٢ـ والذي نرى الاعتناء به التداوي بالخمر عند فرض مسيس الحاجة إليه .

وقد أطلق **الأئمة** المعتبرون أقوالهم في الطرق أن التداوي بالخمر محرم ، وأن التداوي بها محذور ، وهـٰذا كلام مبهم متروك علىٰ إشكاله . ونحن نذكر ما بلغنا من كلام **الأصحاب** وننقله علىٰ وجهه ، ثم نَجري علىٰ دأبنا في البحث والتنقيح وردّ الأمر إلىٰ ما يجب تنزيله عليه .

قالوا : من غُصَّ بلقمةٍ ولم يجد شيئاً يُسيغها إلا الخمر ، فيجب تعاطيها ، ومن أكره علىٰ شرب الخمر ، لزمه شُربُها إذا خاف علىٰ روحه ، أو ما يحل محل الروح . وقد تقدم تفصيل القول في الإكراه .

فلو أشفىٰ[١] بسبب العطش ، ولم يجد ما يطفىء غُلته إلا الخمرَ ، تعيّن عليه شُربُها ، كما يتعيّن على المضطر أكلُ الميتة . هـٰذا قول **الأصحاب** أجمعين .

ثم تعرضوا للتداوي بالخمر وأجرَوْا ترتيبَ المذهب علىٰ أن التداوي بالأعيان النجسة سائغ كالترياق ، وفيه لحوم الحيات وما في معناها من المعاجين التي تشوبها الأعيان النجسة ، ورأَوْا الخمرَ مستثناة من الأعيان لتخصيص الشرع إياها ، ثم [من آثار التغليظ فيها][٢] الحدُّ ، واسترْوَحوا في ذلك إلىٰ ما روي : « **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التداوي بالخمر ، فنهىٰ عنه . وقال** : « **إن الله تعالىٰ لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم** »[٣] .

ثم بلغنا عن آحادٍ من **الأئمة المتأخرين** التشبيب[٤] بجواز المعالجة[٥] بالخمر من غير تدوين ذلك في تصنيف ، وإنما ترامزوا به ترامز المتكاتمين . فهـٰذا مسلك النقل .

١١٢٠٣ـ ومسلك التحقيق فيه : أن التداوي بالأعيان النجسة عندنا بمثابة تعاطي الميتة بسبب الضرورة ، والحد الذي يجوز أكل الميتة له سيأتي في كتاب الأطعمة ، إن شاء الله .

والقدر الذي نذكره هاهنا أنا نشترط العلم بأن تعاطيه يدرأ الضرورة ، ثم في حد

---

(١) أشفىٰ : أي قارب الهلاك .

(٢) عبارة الأصل : « ثم أثار من التغليظ منها الحد » .

(٣) حديث : « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم » أخرجه ابن حبان ، وأبو يعلىٰ والطبراني في الكبير ، والبيهقي في الكبرىٰ ، كلهم من حديث أم سلمة رضي الله عنها . وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً عن ابن مسعود ، قال الحافظ : وقد أوردته في تغليق التعليق إليه من طرق صحيحة . وللحديث شاهد عند مسلم من حديث وائل بن حجر أن طارق بن سويد الجعفي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخمر فنهاه عنها وكره أن يصنعها للدواء فقال : « إنه ليس بدواء ولـٰكنه داء » . (ر . صحيح ابن حبان : ٢/ ٣٣٥ ح ١٣٨٨ ، مسند أبي يعلىٰ : ح ٦٩٦٦ ، الطبراني في الكبير ٢٣/ ٣٥٦ ، البيهقي : ١٠/ ٥ ، البخاري : الأشربة ، باب شراب الحلواء والعسل ، مسلم : الأشربة ، باب تحريم التداوي بالخمر ، ح ١٩٨٤ ، التلخيص : ٤/ ١٤٠ ح ٢١١٢) .

(٤) في الأصل : « التسبيب » ، والمثبت من المحقق علىٰ ضوء المعهود من ألفاظ إمام الحرمين .

(٥) في الأصل : « المعاجلة » .

ي ١٠٥ الضرورة كلامٌ سيأتي/ مشروحاً ، إن شاء الله تعالىٰ .

فالتداوي الذي يتلقىٰ من الأطباء في غالب الأمر لا يبلغ هـٰذا المبلغ قطعاً . والبصير المتبحّر في الطب لا يجزم قضاءً على المريض . وهو المعني بقول **بقراط** : « التجربة خطر والقضاء عسر »[١] . والمراد أن القضاء بماهية المرض ثم بعلاج ناجع فيه عُسر ؛ فإن صناعة الطب أسندها مُسندون إلى التجارب ، وهي مُخطِرة[٢] ، مع اختلاف القوىٰ والخَلْق ، والعاداتِ التي سبقت المرور عليها ، وأسندها المحققون إلى القياس ودَرْكه ، والاطلاع عليه أعسر مُدركاً من كل معضل في المدارك ، فكيف يتحقق القضاء من الطبيب علىٰ بتّ هـٰذا ، والحذّاق مجمعون علىٰ إقامة الأبدال في الأدوية ، وقد صنف فيها **العاري**[٣] كتاباً معروفاً .

ثم إن تحقق ما ذكرناه ـ وهيهات ـ فالحكم بأن ينفع [ويُدِرّ][٤] العافية لا سبيل إليه ؛ فإن التعويل على القوة ، وهي خوانة تخون ، فلا سبيل ـ والحالة هـٰذه ـ إلىٰ إطلاق القول باستعمال الأعيان النجسة ، فإن فُرض ظهور الحاجة ، وغلبةُ الظن بالنفع ، فيجوز استعمال الميتة في هـٰذه الحالة ، وقد قدمنا من كلام **الأئمة** أن الخمرة تستعمل حيث يحل تعاطي الميتة ، فلا معنىٰ لوضع المذهب على الفرق بين الخمر وغيرها .

ومما قَضَّيت العجبَ منه أن المتأخرين أوردوا حديثاً ولم يعوه ، وذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم سئل عن التداوي بالخمر ، فلم يجب عنها بل قال : « لم يجعل الله

---

(١) معنىٰ عبارة بقراط كما فسرها الغزالي في البسيط : « إن الحكم بالشفاء عسير ؛ فإن مستنده التجربة ، مع اختلاف القوىٰ والخلق ، والقياس ، والعثور علىٰ حدّ العلة ، ثم على الصلاح ، ثم الحكم بقبول الطبيعة للشفاء ، أمور موهومة ، فهـٰذا يقتضي المنع من الخمر » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٤٠ يمين) .

(٢) مُخطِرة : أخطرتُ المال (إخطاراً) جعلته (خَطَراً) بين المتراهنين .
ويقال : بادية مخطِرة : كأنها أخطرت المسافر ، فجعلته (خطراً) بين السلامة والتلف (المصباح) فالمعنىٰ أن المتداوي بين السلامة والتلف ، وليس مقطوعاً بتأثيره وفائدته .

(٣) كذا . ولعلها مصحفة عن (الفارابي) .

(٤) في الأصل : « ويدرأ » . ويُدرّ العافية : أي يستخرجها ويجلبها .

شفاءكم فيما حُرم عليكم » فلم يخص الخمر بمزية ، بل أبان أن كل محرم ، فهو كالخمر المسئول عنها ، فلا يجوز الهجوم على التداوي بها بناء علىٰ غير ثَبَتٍ في جلب نفع ودفع ضرر .

١١٢٠٤ـ ووراء ذلك إشكالٌ وانفصالٌ عنه ، وهو التتمة ، ولا يتأتى الغرض إلا بفرض كلام يدركه من شدا شيئاً من صناعة الطب ، وليس يضرنا تبرّم الجاهل به ، فنقول : من حميت منه أجرام القلب وفاتحته(١) الحمى المحرّقة ، وبدت مخايل المدقوقين(٢) ، فلا خلاف بين أهل الصناعة أن لحوم السرطان(٣) إذا طبخت بماء الشعير ، فهي أنجع علاج ، ثم انفكاك الحمى المحرقة عسرٌ غيرُ موثوق به . فهـٰذا مما حصل فيه العلم بأنه العلاج ، ولا ثقة/ بالزوال ، بل لا [بظنٍّ](٤) فيه غالب . فهـٰذا موضع النظر ، وهو محلُ التردد ، يجوز أن يقال : لا يسوغ الإقدام عليه ، فإن الانتفاع به غيبٌ ، وهو كردّ السّغب ، وسورة(٥) الجوع بأكل شيء من الميتة ، أو كإساغة غُصة أو تطفئة غُلة بمقدارٍ من الخمر ، وهـٰذا يعتضد بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم** » . وكذلك امتصاص ألبان الأُتُن من أطبائها(٦) . ١٠٥ ش

ويجوز أن يقال : هو مباح ، فإنه لو ترك كان في تركه غَرَر ، ولا يسوغ تعريض الأرواح للخطر ، بسبب الامتناع عن تعاطي النجاسة ؛ وما حرمت النجاسات إلا إكراماً للآدميين حتىٰ يتقذروا ، ويتعففوا ، وهـٰذا الغرض لا يعارض خطر الروح ، ثم لو فرضت مثل هـٰذه الحالة في التداوي بالخمر ، فلستُ أعتقد بينها وبين لحوم السراطين

---

(١) فاتحته الحمىٰ : أي بادأته وبدأت تظهر عليه .
(٢) المدقوقين : أي الذين أصيبوا بحمى الدِّق ، وهي حمىٰ معاودة يومياً ، تصحب ـ عادة ـ السلّ الحاد . (المعجم الوسيط) .
(٣) السرطان : حيوان بحري من القشريات العشريات الأرجل (المعجم) .
(٤) في الأصل : « نظر » . والمثبت من عمل المحقق .
(٥) السغب : الجوع مع تعب ، و(سورة الجوع) شدّته وحدّته .
(٦) أطبائها : جمع طُبْي : وهو لذات الخف والظلف كالثدي للمرأة ، مثل قفل وأقفال ، ويطلق قليلاً لذات الحافر والسباع . (المصباح) .

فرقاً ، وإن كان المنقول عن **الأصحاب** الفرق مع أنهم أطلقوا الكلام ، ولم يفصلوه .

وسمعت **شيخي** في بعض مجالس الإفادة [يقول][١] : إن الخمر في المعاجين تلتحق بالأعيان النجسة وأما إذا استعملت في نفسها ، فهي تنفصل حينئذ عن الأعيان النجسة ، والذي يحقق ذلك أن من شرب كوزَ ماءٍ وقعت فيه قطرات من خمر ، والماء غالب بصفاته ، لم يحدّ ، وقد تقصَّيت ذلك في كتاب الرضاع ، عند ذكر اللبن المشوب ، فليطلب في موضعه .

فإذا خفي الخمر في المعاجين ، سقطت ماهية الخمر ، وصارت عيناً نجسة ، وهٰذا حسنٌ . علىٰ أن الرأي السديد علىٰ ما قدمناه في المنع من التداوي بكل نجس إذا لم يقطع به أو لم يعلم مثله ، وإن علم أنه ناجع ، فيجوز من غير فرق . وإن علم أنه العلاج والنفع مغيب ، ففيه التردد . وفي كلام **القاضي** ما يشير إلىٰ تجويز التداوي ، وإن أبهمه ولم يفصله ؛ فإنه قال : لو شرب علىٰ قدر التداوي ، لم نحدّه ، وهٰذا يشير إلىٰ تسويغ التداوي .

وقد نجز ما ذكرناه .

فصل

قال : « ولا يحدّ إلا بأن يقول : شربت الخمر . . . إلىٰ آخره »[٢] .

١١٢٠٥ـ مقصود الفصل بيان ما يَثْبُت به حدُّ الشرب . فنقول : إن أقر بأنه شرب الخمر ، ثبت الحد عليه . وفيه غائلة/ سنشير إليها . ولو شهد الشهود علىٰ إقراره ، فالجواب كذلك . ولو شهدوا أنه يشرب الخمر ، فالحكم ما ذكرناه ، ولو قالوا : شرب من شرابٍ في قدحٍ شرب الغير منه ، فسكر ، فهٰذا بمثابة ما لو شهدوا علىٰ أنه شرب المسكر ، ولو وجدناه سكراناً ، لم نحدّه ؛ لجواز أن يكون قد أُوجر الخمر ، أو أجبر علىٰ تعاطيها ، وكذلك إذا وجدنا رائحة الخمر تفوح من نكهته ، لم نحده ، لما ذكرناه ، ولا نسائل ، ولا نلح في المباحثة .

ي ١٠٦

---

(١) زيادة من المحقق .

(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٧٤ .

وأما ما أشرنا إليه من غائلة الفصل ، فهو أن الإقرار بالشرب متردد بين شربٍ يقع إجباراً [وشرب يقع اختياراً][1] ، وقد أطلق **الأصحاب** القول بأن الإقرار بشرب الخمر يُثبت الحدّ ، وذكروا مثلَ ذلك من الشهادة علىٰ شرب الخمر . وهـٰذا فيه إشكال ، لما ذكرناه من التردد .

وقد ذكر **أصحابنا** خلافاً [في][2] أن الإقرار بالزنا هل يكفي في إثبات الحد ، أم لا بد من التفصيل ، والزنا عبارة عن جريمة ، وشرب الخمر عبارة عن جريمة ، فإنا قد نوجب شرب الخمر ؛ فإذاً [يحمل][3] لفظ الإقرار والبينة على التردد ، ووجه التردد في اللفظ ما ذكرناه ، أما وجه الحكم بثبوت الحد ، فهو أن الإنسان لا يقر علىٰ نفسه بالشرب وكان مكرهاً ، فإطلاقه الإقرار قرينةُ أنه كان مختاراً ، حالة محل التصريح ، وكذا القول في الشهود .

والأوجه عندي أنه لا يثبت الحد ما لم يقع التعرض للاختيار . والعلم عند الله تعالىٰ .

* * *

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل ، وهي النسخة الوحيدة . والمثبت تقديرٌ منا .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) مكان كلمة غير مقروءة .

باب
حدّ الخمر ومن يموت من ضرب الإمام

١١٢٠٦ـ حقنا أن نصدّر هـٰذا الباب بأحاديثَ وآثارٍ ، ثم نُنْزل المذهبَ عليها .

روي أنه صلى الله عليه وسلم أُتي بسكران ، فقال : « **اضربوه ، فضربوه بالأيدي ، والنعال ، وأطراف الثياب ، وحثُوا عليه الترابَ ، ثم قال : بكّتوه ، أي عيّروه ووبِّخوه ـ ثم قال : أرسلوه** »[١] .

فلما كان في زمن أبي بكر أُتي بسكران ، فأَحضر الذين شاهدوا ذلك ، فقوّموه بأربعين جلدة ، أي عدّلوه بها ، وكان يَجلد في أيام خلافته أربعين[٢] ، وكذلك عمر في صدر خلافته . ثم تتايع[٣] الناس في شرب الخمر ، فجمع الناس ، واستشارهم ، فقال : « إن الناس تتايعوا في شرب/ الخمر ، واستقلوا هـٰذا القدر من الحدّ ، فماذا تَرَوْنَ ؟ وكان عليّ رضي الله عنه فيهم ، فقال : « **أرىٰ أن يجلد ثمانين ؛ فإن من شرب ، سكر ، ومن سكر ، هذىٰ ، ومن هذىٰ ، افترىٰ ؛ فأرىٰ أن يبلغ حدَّ المفترين** »[٤] ، وكان يجلد عمر

ش ١٠٦

---

(١) حديث « أُتي صلى الله عليه وسلم بسكران فقال : اضربوه ، فضربوه بالأيدي والنعال . . » رواه الشافعي ، وأبو داود ، والنسائي في الكبرىٰ ، والحاكم ، والدارقطني ، والبيهقي من حديث عبد الرحمـٰن بن أزهر .

(ر . ترتيب مسند الشافعي : ٢/ ٩٠ ح ٢٩٢ ، أبو داود : الحدود ، باب الحد في الخمر ح٤٤٧٧ ، ٤٤٧٨ ، وباب إذا تتايع في شرب الخمر ، ح٤٤٨٧ ، ٤٤٨٩ . النسائي في الكبرىٰ ، ح٥٢٨١ـ٥٢٨٧ ، الحاكم : ٤/ ٣٧٣ـ٣٧٥ ، الدارقطني : ٣/ ١٥٨ ، البيهقي : ٨/ ٣٢٠ ، التلخيص : ٤/ ١٤٢ ، ١٤٣ ح ٢١١٥ ، ٢١١٧) .

(٢) حديث تقدير الحد في زمن أبي بكر بأربعين جلدة ، روي من حديث عبد الرحمـٰن بن أزهر المتقدم ، كما روي من حديث أنس ، وهو في الصحيحين (ر . البخاري : الحدود ، باب ما جاء في ضرب شارب الخمر ح٦٧٧٣ ، مسلم : الحدود ، باب حد الخمر ، ح١٧٠٦) .

(٣) تتايع : التتايع : التهافت والإسراع في الشر واللجاجة . (القاموس المحيط) .

(٤) خبر عمر أنه استشار فقال علي « أرىٰ أن يجلد ثمانين ، فإن من شرب سكر . . . » رواه مالك في الموطأ (٢/ ٨٤٢) ، والشافعي في الأم (٦/ ١٨٠) بسندٍ فيه انقطاع ، قال الحافظ : ولـٰكن =

في بقية زمانه ثمانين ، وجلد عثمان في خلافته ثمانين .

فلما آل الأمر إلىٰ علي ، عاد إلىٰ أربعين ، وقال : « **ليس أحدٌ أقيم عليه حدّاً ، فيموت ، فأجد في نفسي منه شيئاً [من أن][1] الحق قتله ، إلا شارب الخمر ، فإنه شيء رأيناه بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فمن مات [منه][2] ، فالدية علىٰ عاقلة الإمام ، أو قال : في بيت المال** » **فالشك من الشافعي**[3] ، وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر حتىٰ جُلد الشارب أربعين ، وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **من شرب الخمر ، فاجلدوه ، فإن عاد ، فاجلدوه ، فإن عاد ، فاقتلوه** »[4] والقتل منسوخ بالإجماع في ذلك . وإنما نقل القول البعيد عن **الشافعي** في القتل في الكرّة الخامسة في السرقة .

١١٢٠٧ـ فإذا ثبتت هـٰذه الأخبار ، وقد استقصينا طرقها في الخلاف ، فنقول : أجمع **الأصحاب** علىٰ أن الشارب يجلد بالسياط ، ثم قال **الأئمة** : لو رأى الإمام ضرب الشارب بالنعال ، وأطراف الثياب ، كما نقل عن مجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم ، جاز ذلك ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك ولم يثبت فيه نسخ ، ولم

= وصله النسائي في الكبرىٰ ، والحاكم من وجه آخر ، ورواه عبد الرزاق (المصنف ٧/ ٣٧٨ ح١٣٥٤٢) . (ر . التلخيص : ٤/ ١٤٢ ح٢١١٦) .

(١) زيادة اقتضاها السياق ، وهي في كتاب (الغياثي) للإمام ، حيث أورد الحديث هناك .

(٢) في الأصل : منهم . والمثبت من لفظ الحديث .

(٣) رواه الشافعي في الأم : ٦/ ٨٧ ، ١٧٦ ، ١٧٩ ، وهو في الصحيحين (ر . البخاري : الحدود ، باب الضرب بالجريد والنعال ح٦٧٧٨ ، مسلم : الحدود باب حد الخمر ح١٧٠٧) .

(٤) حديث قتل شارب الخمر إذا عاد مراراً ، رواه أبو داود وابن ماجه من حديث معاوية بن أبي سفيان ، والترمذي من حديث معاوية وأبي هريرة والنسائي من حديث ابن عمر وأبي هريرة (ر . أبو داود : الحدود ، باب إذا تتابع في شرب الخمر ، ح٤٤٨٢ ، الترمذي : الحدود ، باب ما جاء من شرب فاجلدوه ، ومن عاد في الرابعة فاقتلوه ، ح ١٤٤٤ ، النسائي : الأشربة ، باب ذكر الروايات المغلظات في شرب الخمر ح٥٦٦٤ ، ٥٦٦٥ ، ابن ماجه : الحدود ، باب من شرب الخمر مراراً ، ح٢٥٧٣) .

يعدل **الصدّيق** عنه إلا علىٰ تعديلٍ[(١)] وتقريب صدر عن اجتهاد ، والسبب الذي سوّغ ذلك **للصدّيق** أنه لم ير لما أمر به الرسول صلى الله عليه وسلم ضبطاً يسير إلى التحديد ، وعلم أن ما كان كذلك ، فللاجتهاد فيه مساغ . فإذا جاز العدول إلى السياط ، [فلئن يجوّزوا الضرب][(٢)] بالنعال وأطراف الثياب أولىٰ . ثم الضرب معدلاً بمقدارٍ أمكنُ من تقدير ضربات ملتبسة بأربعين .

فإذا ساغ **للصدّيق** ما فعل ، فلا منعَ من الرجوع إلى الأصل ، هٰذا هو المذهب .

وذكر **العراقيون** هٰذا ووجهاً آخر أنه لا يجوز لنا الضرب بالنعال وأطراف الثياب ؛ فإنا كُفينا مؤنة التعديل ، وقد بعد العهد/ وتناسخت العصور ، ونحن لو ضربنا بالنعال بين أن نحط عن القدر المستحق ، وبين أن نزيد . وهٰذا وإن أمكن توجيهه ، فالمذهب غيره ، وقد نقله **العراقيون** ، وزيفوه .

ي ١٠٧

ولو رأى الإمام أن يجلد الشارب ثمانين تأسياً بما استقر عليه رأي أمير المؤمنين **عمر** ، فالذي ذكره **شيخي ومعظم الأئمة** أن ذلك سائغ ، علىٰ ما سنوضحه بالتفريع ، إن شاء الله تعالىٰ .

وقال **القاضي** : الصحيح من مذهبنا أنه لا مزيد علىٰ ما رآه **الصدّيق** في زمنه ؛ من أنه عدله الشهادة[(٣)] الذين شاهدوا ما جرىٰ في مجلس الرسول صلى الله عليه وسلم ، وكان مستندُ حكمه ما ذكرناه . والذي رآه **عمر** رأيٌ له ، ونحن لا نلتزم أن نتبع آحاد **الصحابة** رضي الله عنهم ، إلا ما نراه معتقداً بأوجه المسالك ، ثم قال : وذهب **بعض أصحابنا** إلىٰ أنه يجوز تبليغ الحد ثمانين ، فانتظم وجهان إذاً في هٰذا الطرف .

ولا خلاف أنه لا يجوز أن يتلقىٰ من تردد **الصحابة** رضي الله عنهم في ذلك جواز المزيد على الثمانين .

---

(١) تعديل : أي معادلة وتقدير ما حصل من الضرب للشارب عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ بأربعين جلدة ، فكانت هٰذه المقايسة اجتهاداً .

(٢) في الأصل : « فلئن يجوز ويضرب » .

(٣) كذا . الشهادة : بمعنى الشهود .

١١٢٠٨ـ فإذا تبين ما يعاقب به الشارب ، فنحن نذكر ما يتعلق بعقوبة الشارب لو أفضت إلى الهلاك .

قال **الأصحاب** : لو وقع الضرب بالنعال وأطراف الثياب ، وأفضىٰ إلى الهلاك ، فلا ضمان . هٰكذا قاله **الأصحاب** ، ولا شك أن من منع ذلك على الوجه الغريب الذي حكاه **العراقيون** ؛ فإنه يثبت الضمان ، ثم نفىٰ **الأئمة** الضمان وهو مشروط بوقوع الضربات علىٰ حد يُعدَّل بأربعين جلدة من غير مزيد .

ثم قال **الأئمة** : إن جلدَ الإمامُ الشاربَ أربعين تأسياً بالصدّيق ، فأفضىٰ إلى الهلاك ، ففي وجوب الضمان **قولان** : **أحدهما** ـ يجب ، لما روينا عن علي رضي الله عنه ، أنه قال : « **إلا الشارب ، فإنه شيء رأيناه بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم** » ، وفيه معنىً ، وهو أنه معدول عن المنقول عن زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهٰذا إنما يستقيم لو لم يصح أن الرسول صلى الله عليه وسلم جلد الشارب أربعين ، وقد روى الأثبات ذلك . فعلىٰ هٰذا إن صح الخبر يجب نفي الضمان كما يجب ذلك في حد الزنا/ ، وحدّ القذف . ١٠٧ ش

فإن لم نوجب الضمان ، فلا كلام ، وإن أوجبناه فالذي ذهب إليه **أهل التحقيق** أنا نوجب عليه الضمان بكماله ؛ من جهة اتفاق العدول عما كان إلىٰ جنسٍ آخر ، وإذا اختلف الجنسان ، امتنع التقسيط ، ولم يتجه إلا نفيُ الضمان أو إيجابُه وكمالُه .

وذكر **العراقيون** وجهاً آخر أن الإمام يضمن ما بين الضرب بالنعال والضرب بالسياط ، فإنه يكون أشدَّ إيلاماً وأنجعَ وقعاً ، فيقدر بينهما شيء بالتقريب والاجتهاد ، ويلزم ذلك القدر ، وهٰذا الذي ذكروه في نهاية البعد ، والمذهب ما ذكرناه . وقد بان حكمُ الضمان فيه إذا جلد الشارب أربعين ، أو أمر حتىٰ ضرب بالنعال وأطراف الثياب .

١١٢٠٩ـ وأما إذا جلده ثمانين علىٰ رأي **عمر** رضي الله عنه ، فمما نذكره في ذلك أن الأربعين المضمومة إلىٰ أربعين غريبة في وضع الحدود والعقوبات ؛ فإنا إن قدرناها من الحدّ ، كان محالاً ؛ فإنها زائدة علىٰ ما جرىٰ في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم

وزمن الصديق ، مع الاتفاق على التعديل بالأربعين ، فإذا لم تكن من الحد ، فضم تعزير إلى الحد بعيد ، وتبليغ التعزير مبلغ الحد بعيد ، والممكن في الجواب عما ذكرناه أن التعزير رآه من رآه لما يتعلق بالتصدي للافتراء والهذيان ، وحد المفترين ثمانون ، والأربعون الزائدة ناقصة عنها .

وإذا حصل التنبه لما ذكرنا ، وجلد الشارب ثمانين ، فإن رأينا تمام الضمان لو حصل الموت بالأربعين ، فلا إشكال ، [وإن لم][1] نوجب الضمان بالأربعين ، وهو الظاهر ، فلا إشكال أنا نوجب الضمان بالثمانين . ثم اتفق **الأصحاب** على التنصيف ، فنوجب شَطر الضمان ، ونهدر شطره ؛ إذ الزائد مثلُ المزيد عليه .

ولو زاد الجلاد سوطاً علىٰ حدٍّ محدودٍ ، لا اجتهاد فيه ، كحدّ القذف مثلاً ، فإذا فرض الموت ، وجب الضمان للزيادة . ثم في قدره **قولان مشهوران** : **أحدهما** ـ أنا نسلك طريق التنصيف ، ولا ننظر إلىٰ أعداد الجلدات بل يعدّل الضمان : يوزع بين الحق والباطل ، فيهدر نصفه ، ويثبت نصفه ، وهـٰذا كما لو جرح رجل رجلاً مائة جراحة ، وجرحه آخر جراحة واحدة ، فإذا خرجت الروح ، فالدية نصفان ، توزيعاً على الجنايتين/ ولا نظر إلىٰ أعداد الجراحات . ي ١٠٨

ولو أمر الإمام الجلادَ أن يضرب ثمانين ، فامتثل أمر الإمام ، لم يتعلّق الضمان بالجلّاد أصلاً ، وإن كان مختاراً غير مكره ؛ لأن فعله يضاف إلى الإمام ، وسنذكر إن شاء الله تعالىٰ في الجلّاد كلاماً شافياً ، في الأصل الذي يعقب هـٰذا الفصل .

١١٢١٠ـ وإذا لم نعلق الضمان بالجلاد في مسألتنا ، فإنا نعلقه بالإمام ، ثم يجب شطر الضمان علىٰ قولٍ ، وتمامه علىٰ قول .

ولـٰكن إن أوجبنا الضمان بالأربعين ، فلو أمر الجلادَ بالثمانين ، فضرب أحداً وثمانين ، فينتظم من الأصول[2] ـ إذا فُرض الموت ـ في هـٰذه الصورة **أوجه** : **أحدها** ـ أن الدية تقسط وتبسط على الجلدات ، فنجعل أحداً وثمانين جزءاً ، في مقابلة أربعين

---

(١) في الأصل : « ولم » .

(٢) عبارة الأصل : « من الأصول الموت إذا فرض الموت في هـٰذه الصورة » .

جلدة ، فنوجب أربعين على الإمام ، لأمره بالأربعين الزائدة ـ وإذا أضفنا على الإمام ، فهو علىٰ عاقلته أو علىٰ بيت المال ، وفيه كلام يأتي إن شاء الله عز وجل ، وتجب واحدة من أحدٍ وثمانين جزءاً على الجلاد . هـٰذا وجه .

والوجه الثاني ـ أن نجعل الضمان نصفين ؛ توزيعاً على الحق والباطل ، ونسقط نصفاً ، والنصف الثاني نوجب منه نصفاً على الإمام ، ونصفاً على الجلاد .

والوجه الثالث ـ أنا نسقط نصفاً ، ونوجب من النصف الثاني أربعين جزءاً على الإمام ، وجزءاً على الجلاد .

والوجه الرابع ـ أنا نجعل الدية أثلاثاً ، فنهدر ثلثاً ، ونوجب على الجلاد ثلثاً ، ونعلق بالإمام ثلثاً .

وهـٰذه الوجوه مستندةٌ إلى الأصول إلا وجهاً واحداً ، وهو قوله : نهدر نصفاً ونجعل النصف أحداً وأربعين جزءاً ، بين الإمام والجلاّد ؛ فإن هـٰذا جمع بين التنصيف واعتبار عدد الجلدات ، وهـٰذا فيه اختلاط . والأمر فيه واضح .

فَصْلٌ

قال : « وإن ضرب أكثر من أربعين . . . إلىٰ آخره »(١) .

١١٢١١ـ مضمون هـٰذا الفصل الكلامُ في تعليق الضمان إذا أخطأ الإمام ، فنقول : ما يصدر عن الإمام مما لا يتعلق بمصالح الإمامة ، ولـٰكنه من خواص أفعاله ، فهو منه كآحاد الناس ، فلو رمىٰ سهماً ، فأصاب إنساناً ، فهـٰذا خطأ منه ، والدية علىٰ عاقلته بلا خلاف . وإن تعمّد قتلاً موجباً للقصاص ، استوجب القصاص . ولا خفاء بهـٰذا . والفصل غير معقودٍ له .

١١٢١٢ـ فأما ما يعرض من/ أخطائه في استيفاء الحدود والتعزيرات ، وإقامة ١٠٨ ش السياسات ، التي هي علىٰ شرط السلامة ، كما سنفصل ذلك من بعدُ ، إن شاء الله

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٥ .

تعالىٰ ، وإنما الغرض الآن اعتقاد الضمان حيث يجب ، فإذا لم ينسب الإمامُ إلىٰ تقصيرٍ بيّن ، وإنما جدّ واجتهد ، ولـٰكنه زلّ وأخطأ ، فاقتضى الشرعُ الضمانَ ، نُظر : فإن كان ذلك في مالٍ ، ففي تعلّق الضمان **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يتعلّق بمال الإمام . **والثاني** ـ أنه يتعلّق بمال بيت المال ، يعني السهمَ المرصد للمصالح ، وسنوجه القولين إذا استوعبنا الصور والتقاسيم .

فإن كان الخطأ في نفسٍ ، **فقولان** : **أحدهما** ـ أن الدية علىٰ عاقلة الإمام ، كما لو جرىٰ منه الخطأ في أفعاله التي تخصه .

والثاني ـ أنها تتعلق ببيت المال .

التفريع : ١١٢١٣ـ إن حكمنا بأن الدية مضروبةٌ علىٰ عاقلته الخاصة ، فالكفارة في ماله ؛ فإن العاقلة لا تتحمل الكفارة . وإن قلنا : الدية مضروبة علىٰ بيت المال ، ففي الكفارة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنها على الإمام ؛ فإن التحمل لا يتطرق إلى الكفارة ، ولذلك لا تتحملها العاقلة الخاصة حيث تتحمل العقل .

والثاني ـ أنها في بيت المال ؛ فإن المعنى الذي يوجب صرفَ الدية إلىٰ بيت المال التخفيفُ عن الإمام ، وعن عاقلته ، وهـٰذا يعم الكفارة والدية .

ثم قال **الأئمة** : ما ذكرناه من القولين فيه إذا لم يظهر تقصير الإمام في الواقعة ، فإن ظهر تقصيره ، فلا خلاف أن ما يلزم لا يُضرب علىٰ بيت المال ، وهـٰذا يتبين بمثالين ، فنقول : الحامل إذا زنت لا يقام الحدّ عليها ، فلو أقام الإمام الحدّ علىٰ علمه بالحمل ، فالغُرة إذا ألقت الجنين لا تضرب علىٰ بيت المال ، بل تضرب علىٰ عاقلته الخاصة ، وإنما خصصنا هـٰذه الصورة بالذكر ، لأن العمد المحض لا يتصوّر في الجناية على الجنين ، ومع ذلك لم نضرب الغرة علىٰ بيت المال ، وفي هـٰذا لطيفة ، وهي أن الإمام إذا أقام الحد على الحامل ، فهو في الحيد عن حكم الصواب عامد ، ولـٰكنه في الجناية على الجنين علىٰ حدّ شبه العمد ، وهـٰذا التنبيه كافٍ . والمقاصد بكمالها تستوفيها الصور ، ثم تضبطها التراجم علىٰ أثر الفصل .

توجيه القولين في الأصل :

١١٢١٤ـ من قال إن خطأ الإمام في إقامة أحكام الإمامة مضروب علىٰ بيت/ المال ١٠٩ ي احتج بأن الوقائع المرتفعة إلى الإمام لا تعد كثرةً ، ولا يتصوّر أن يستقلّ الإمام بالعصمة فيها ، فلو كانت الغرامات المتعلقة بما يقع من خطئه مضروبة علىٰ ماله ، أو علىٰ عاقلته ، لافتقر ، وأفضى الأمر إلىٰ ما لا يطاق ، وهو نائبٌ عن المسلمين ، فاعل عنهم ، وتعلّقه بالمسلمين كافة كتعلّق الجلاّد به ، ثم الضمان محطوط عن الجلاد إذا لم يصدر من جهته عدوان ، فينبغي أن يُحَطَّ عن الإمام .

هـٰذا وجهُ هـٰذا الوجه .

ومن قال **بالوجه الثاني** : احتج بأنه نُصب ليكون هو الناظر ، ثم هو نائب المسلمين في الصواب ، وأما الجلاّد ، فإنه سيف الإمام ، ولا نظر له ، وقد يشهد لهـٰذا القول ما روي أن عمر بن الخطاب ذكر عنده أن امرأة من نساء الأجناد يغشاها الرجال بالليل ، **فأرسل إليها عمر يدعوها ، وكانت ترقىٰ في درج ، ففزعت فأجهضت ذا بطنها ، فاستشار عمر رضي الله عنه الصحابة رضي الله عنهم ، فقال عبد الرحمـٰن بن عوف : إنك مؤدِّب ، ولا شيء عليك ، فقال علي رضي الله عنه : إن اجتهد ، فقد أخطأ ، وإن لم يجتهد ، فقد غشَّك . عليك الدية »** ، فقال : « **عزمتُ عليك لتقسمها علىٰ قومك** »[1] قيل : أراد بذلك عاقلة نفسه ، وأضافها إلىٰ علي إكراماً له وإعزازاً ، وإعراباً عن اتحادهما . وقيل : أراد قوم علي لأنهما كانا من قريش يجتمعان في كعب بن لؤي بن غالب .

واختلف في قول علي : إن اجتهد ، فقد أخطأ ، فقال بعض المتكلفين : أراد بذلك الرسولَ ، معناه : إن اجتهد الرسول في رعاية الوقت والمكان في تأدية الرسالة ، فقد أخطأ ، وإن لم يتعرض لتخيّر مكان وزمان ، فقد غش . وهـٰذا بعيد . والصحيح : أنه أراد بما قال عبدَ الرحمـٰن بنَ عوف . وكان قد يغلظ البعض على البعض القولَ في المناظرات .

---

(١) أثر عمر والمرأة التي أرسل إليها فأجهضت ، سبق تخريجه في الديات .

١١٢١٥ـ وإذا تمهد القولان وتفريعهما ، فإنا نذكر صوراً ونخرّجها علىٰ ما مهدنا :

فإذا ضَرَبَ في الشرب أربعين ، فمات المحدود ، وأوجبنا الضمان ، ففي المسألة **قولان** . وإن جلد الشاربَ ثمانين ، وقلنا : له ذلك علىٰ شرط سلامة العاقبة ، ففي تضمينه قولان أيضاً ؛ فإنا نجوز له من طريق السياسة أن/ يفعل ما فعل ، والتعزيرات إذا أفضت إلى الهلاك ، كما سنصفها ، إن شاء الله تعالىٰ إن لم يظهر تقصيره فيها ، ففي محل الضمان قولان ، وإن ظهر سرفُه ومجاوزته الحد ، فهـٰذا يختص به قولاً واحداً ـ والتعويل علىٰ ما قدمناه من ظهور التقصير ، ووقوعِ الأمر خطأ [في][1] الاجتهاد في إقامة السياسة .

ش ١٠٩

١١٢١٦ـ ومن الصور التي نذكرها ملتحقة بخطأ الإمام أنه لو شهد عنده على العقوبة شاهدان ، فعليه البحث عن أحوالهما ، فإن لم يفعل وترك البحث ، وأجرى العقوبة ، فالذي جاء منه ليس من خطأ الأئمة ؛ فإنه تناهىٰ في التقصير ، وترك ترتيبَ الخصومة ، والقيامَ بما هو مأمور به من البحث والتنقير ، فإذا بانا عبدين أو فاسقين أو كافرين ، فالإمام يختص بالضمان إذا حكم ، قولاً واحداً .

وإنما يتردد نظر الفقيه في وجوب القصاص ، والأظهر الوجوب إذا تحقق الزلل ؛ فإن الهجوم على القتل ممنوع منه بالإجماع ، وقد يُحتمل أن يقال : أسند القتل إلىٰ صورة التثبت ، فيندفع القصاص ، وهـٰذا له التفاتٌ إلىٰ **صورتين** يضطرب الرأي فيهما : **إحداهما ـ** أن يقتل الإنسان مسلماً في ديار الكفر علىٰ زي مشرك ، ثم يبين أنه كان مسلماً ، فلا قصاص ، وفي الدية **قولان** .

والصورة الأخرىٰ : أن يقتل مسلماً في ديار الإسلام علىٰ زي المشركين ، ففي وجوب القصاص قولان ، وقيام الشهادة وصورتها لا ينقص عن زي مشرك في دار الإسلام ، ومن الصور الناظرة إلىٰ هـٰذه المسائل ، ما لو قتل رجلٌ رجلاً ، وقال : حسبتُه قاتلَ أبي . فهـٰذه مسالك النظر ومجامع الرأي ، [وليست][2] غرضَ الفصل .

---

(١) في الأصل : « من » .
(٢) في الأصل : « وليس » .

١١٢١٧ـ فأما إذا بحث عن أحوال الشهود ، ولم يظهر منه تقصير ، ثم بان الشهود عبيداً ، أو كفرة ، أو مراهقين ، فلا شك في وجوب الضمان ، ثم يعود القولان في أن الضمان يتعلق بعاقلة الإمام المختصين به ، أم يتعلّق ببيت المال ، وقد تقدم التوجيه والتفريع .

والذي نزيده أن **الأئمة** قالوا : إذا جرى الغرم ، ثبت الرجوع على الذين تصدَّوا للشهادة ، والسبب فيه أنهم تعرّضوا لمنصب ليسوا/ من أهله ، حتىٰ جرّ ذلك قتلاً أو إتلافَ مال ، ونحن نقول : من ليس من أهل الشهادة ، وعلم ذلك من نفسه ، فليس له أن يتعرّض لإقامة الشهادة ، وإن كان صادقاً ، فهـٰذا سبب الرجوع ، [وأشبه أصلٍ بما نحن فيه][1] الغرم الذي يثبت على المغرور في قيمة الولد مع ثبوت حق الرجوع على الغارّ ، ولعلّ الشاهد أقوىٰ في هـٰذا المعنىٰ ، لأنها[2] تحمل القاضي حمل اضطرار ، والمغرور مستبيح لا ضرورة به . هـٰذا هو المذهب الظاهر .

١١٠ ي

١١٢١٨ـ وذكر **بعض المحققين** وجهاً آخر أنه لا رجوع على الشهود ، وذلك أن القاضي أُتي من تقصيرٍ خفي في البحث ، فارتبط الضمان بجهته وانحصر ، وليس كالغار والمغرور ، وذلك أن المغرور لا يُلزمه الشرعُ بحثاً ، بل له الجريان علىٰ ظاهر الحال ، والشرع يُلزم القاضي التناهي في البحث ، فإذا وقع ذلك ، كان محمولاً علىٰ ترك البحث ، فإن لم نُثبت الرجوعَ ، فلا كلام .

وإن أثبتنا الرجوعَ ، نُظر : فإن كان الشاهد كافراً ، فالرجوع عليه بيّن ، ويرجع على الكافرَيْن اللذَيْن شهدا في الحال ، وإن بان الشاهدان عبدين ، والتفريع علىٰ إثبات الرجوع ، ففي المسألة وجهان : **أحدهما ـ** أن الرجوع به يتعلق بذمّة العبدين يُتبعان به إذا عَتَقا . **والوجه الثاني ـ** أن المرجوع به يتعلق برقابهم ؛ فإن هـٰذا غرمٌ يلزمهما عن جهة معاملة صَدَرُها عن رضا من له الحق ، وإنما يتعلق بذمة العبد ديون المعاملات الصادرة عن رضا أصحاب الحقوق من غير إذنٍ من السيد ، والشهادة بهـٰذه المثابة .

---

(١) في الأصل : « وأشبه فيه أصل مما نحن فيه » .
(٢) لأنها : أي الشهادة .

وهـٰذا متجه ، ولـٰكنه غريب عديم النظير ؛ من جهة أنه جناية قولية ليس فيها اضطرار محقق ، وإنما الأمر مظنون .

فأما إذا بان الشاهدان مراهقين ، وقد يمكن التباس ذلك ـ بأحوالٍ تعرض فيهما من بقول[1] الوجه ، وطول القامة وغيرهما من الصفات ـ على القاضي ، ولم يتعرض **الأصحاب** للمراهقَين ، والمفهوم من فحوىٰ كلامهم أن لا رجوع عليهما ؛ إذ لا قول لهما/ ، بخلاف الكافرَيْن ، والعبدَيْن . ش ١١٠

* * *

ثم قال : « ويجوز تعليق الضمان بهما ، إذا قلنا : قول العبد بمثابة الجناية ، فإن الجناية الحسيّة تصدر من الصبيان صُدورَها من البالغين »[2] .

١١٢١٩ـ ولو بان الشاهدان فاسقَيْن ، ففي انتقاض القضاء خلاف واختلاف ، علىٰ ما سيأتي في **الشهادات** ، إن شاء الله عز وجل .

فإن قلنا بانتقاض القضاء ـ كما إذا بان الشاهدان كافرين أو عبدين ، أو مراهقين ـ فالقاضي يغرم إذا أضفنا الغرم إليه ، ولا تقصير في الظاهر . هو إشارة منا إلى القولين في أن الغرم يختص به أو بعاقلته ، أم يتعلق ببيت المال ، وهل بيتُ المال له الرجوع على الفاسقين ؟

فإن قلنا بالرجوع على الكافر والعبد ، ففي الفاسق تفصيل . فإن كان ما رآه القاضي فسقاً مجتهداً فيه ، فلا رجوع على الفاسق قولاً واحداً ؛ فإنه مصر علىٰ شهادته وعلىٰ أنه من أهل الشهادة .

ولو كان ما فُسّق به مما يوجب التفسيق وفاقاً ، ففي هـٰذا نظر : فإنا بلغنا عن مذهب **أبي حنيفة**[3] أن الفاسق من أهل الشهادة ، وقيل : إنه استثنىٰ من ذلك حدّ الزنا ، وقيل : إن كان فاسقاً كذوباً يغلب على القلب كذبه ، فليس من أهل الشهادة . وأطلق

---

(١) بقل وجه الغلام بقولاً : إذا نبت شعْره (المعجم) .

(٢) لم أصل لهـٰذه العبارة في المختصر المطبوع الذي بين أيدينا . وتكرر ذلك أكثر من مرة مما يشهد بأن هناك فرقاً بين النسخة المطبوعة والنسخة التي كانت بين يدي الإمام .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٣٣٥ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٣٦٣ ، تبيين الحقائق : ٣/ ١٩١ .

أبو حنيفة كونَ الفاسق من أهل الشهادة ، وكذلك قضىٰ بانعقاد النكاح بحضور فاسقين ، وجعل الفاسق من أهل اللعان ، ولا تعويل علىٰ مذهبه في طلب القواعد ، فإنه حكم بانعقاد النكاح بحضور محدودَيْن في القذف ، ولم يجعل المحدود من أهل اللعان .

ولنا عَوْصاء[1] بالتنبيه علىٰ ذلك أن **الأصحاب** أطلقوا أقوالهم بأن القاضي لا يرجع على الفاسق ؛ فإن الفاسق من أهل الشهادة علىٰ رأيٍ . وهـٰذا فيه نظر ؛ فإن العبد من أهل الشهادة عند شطر الأمة ، وهو من أهل الرواية بلا خلاف ، فينبغي أن يكون مأخذ هـٰذا من أصلٍ آخر ، وهو أن نقول/ : إن كان التفسيق مجتهداً[2] فيه ، فلا رجوع بما ١١١ ي ذكرناه ، وإن كان التفسيق بما يوجب التفسيق وفاقاً ، فيحتمل أوجهاً : **أحدها ـ** ثبوت الرجوع بما ذكرناه في الكافر والرقيق . **والثاني ـ** أن لا رجوع أصلاً ، لأن الفاسق مأمور بكتمان فسقه ، والعبد والكافر مأموران بإظهار حالهما . **والثالث ـ** أنه إن كان مستسرّاً بالفسق مكاتماً ، فلا رجوع ، وإن كان معلناً بالفسق غير مبالٍ به ، فهو كالرقيق ، وهـٰذا يقرب من اختلاف **الأصحاب** في أن المعلن بالفسق لو شهد ، فردّت شهادته ثم أظهر العدالة وأعاد الشهادة ، ففي قبول تلك الشهادة خلاف .

هـٰذا منتهى القول في الصور التي أردنا ذكرها في غلط الإمام . ثم ذكر **الشافعي** علىٰ أثر هـٰذا الكلامَ على الجلاد ، وهـٰذا لائق بهـٰذا المنتهىٰ .

١١٢٢٠ـ قال : « وليس على الجالد شيء . . . إلىٰ آخره »[3] .

الجلاد سوطُ الإمام وسيفُه ، فإذا قَتل وقَطع وجَلد ـ وهو يُصدر جميعَ أفعاله عن أمر الإمام ـ فلا يتعلّق به ضمان إذا لم يكن مطلعاً علىٰ حقيقة الحال ، وإنما يَتَّبِع ، ويرتسم ، ولا يُشترط أن يكون مكرهاً ؛ فإنا لو شرطنا ذلك ، ضاق التصرف على الإمام ، واحتاج إلى التكفل بالجلاد ، والتوثق منه بالحبس ، وذلك يخالف قاعدة الشرع وسِيَر الأولين ، ولو راعينا الإكراه ، لخرّجنا الجلاد على اختلاف **الفقهاء** في

---

(١) عوصاء : أي شدة ومشكلة . (المعجم) .
(٢) في الأصل : « مجتهد » .
(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٧٦ .

المكرهين . فقد تأسس الشرعُ علىٰ أن الجلاد لا ينتاط به غرمٌ ولا طِلْبَة ، وأمرُه من النوادر ؛ فإنه قاتلٌ مباشر مختار ، لا يتعلّق به في القتل بغير حق حكم ، والكفارة من أسرع أمرٍ يثبت في القتل ، ولا كفارة على الجلاّد .

ثم ينشأ من هـٰذا أن الإمام إذا ظلم ، وأمر بالقتل من غير إكراه ، فالقصاص واجب عليه ، فإنا إذا أقمنا الجلاد سيفاً ، فالإمام في حكم الضارب به ، ويترتب علىٰ هـٰذا الأصل أن الجلاد ليس عليه بحث ، وإنما عليه انتظار المراسم والابتدار إليها ؛ إذ لو تعيّن عليه ذلك ، لما تولى الأمرَ إلا ذو نظر . وذلك يطول . ثم ما/ ذكرناه في الإمام الحق . ش ١١١

فإن فرض متغلبٌ في الدهر ، وشغورُ الزمان عن الإمام ، فالقول في ذلك يطول ، وقد نرىٰ تعليق الأحكام بالمتغلّب ، وهـٰذا عمرةُ[1] أحكام الإيالة ، وقد فرّعنا أبوابها في الكتاب المترجم (**بالغياثي**) .

١١٢٢١ـ ولو علم الجلادُ أن القتل ظلمٌ إجماعاً ، وهو مختار ، فإذا قتل ، التزم القصاص ، فإنه إنما يؤجر بالامتثال فيما يعلم كونَه حقاً ، أو فيما يعتقده حقاً ، وهو يتبع فيه رأي الإمام تقليداً ، فأما إذا علم أن القتل ظلم ، فلا يحل له الإقدام ، ولا إكراهَ حتىٰ يُخرِّجَ فعلُه علىٰ تردّد العلماء ، وإذا كان كذلك ، فلا ضمان على الآمر ؛ فإن أمره حيث صوّرنا ليس إجباراً ، والمباشرة تامة ، فلا أثر للسبب معها .

ولو قتل الجلاّدُ رجلاً ، ثم قال : كنت أعتقد تحريم قتله ، ولـٰكني قلتُ : لعل الإمامَ اعتقد تحليله علىٰ رأي **بعض العلماء** ، وتصوير ذلك أن حُرّاً لو قتل عبداً ، فقتله الجلاّد بأمر الإمام ، وهو يعتقد أن الحرّ لا يقتل بالعبد ، والإمام كان يرىٰ وجوب

---

(١) عمرة أحكام الإيالة : بالعين المهملة : أي تاج أحكام الإيالة ورأسها ، وأُسّها ، فالعمرة كل شيء على الرأس من عمامة ونحوها ، والفاصلة بين حبات العقد . (المعجم) وهـٰذا اللفظ يجري علىٰ لسان الإمام كثيراً .

أما إذا قرأناها : غمرة . بالمعجمة ، فمعناها واضح ، وهي الشدة والمضطرب والمتاهة ، أي دقائق أحكام الإيالة وأخطرها التي تحتاج إلى اتئاد وكد فكر وإعمال نظر .

القصاص على الحرّ ، فهل يضمن الجلاّد ؛ من حيث إنه خالف اعتقاد نفسه ؟ ذكر **العراقيون في ذلك وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يلزمه الضمان ، اعتباراً بعقده ، وكونِه مختاراً . **والثاني** ـ لا يلزمه اعتباراً باعتقاد الإمام . ثم قالوا : إذا علّقنا الضمان بفعل الجلاّد ، فهو قصاص ؛ فإنه قتل حُرّاً بغير حق علىٰ موجَب عقده ، وصار كما لو فعل ذلك من غير أمر الإمام . وإن قلنا : الحكم لاعتقاد الإمام ، فلا شيء على الجلاد أصلاً ، وكان لا يبعد لو درأ القصاص وأثبت المال[1] والكفارة . ولـٰكن الذي ذكروه هـٰذا .

١١٢٢٢ـ وهـٰذا التردد ينتج كلاماً ، وهو أن الجلاّد هل له أن يخالف عقدَ نفسه ، ويتبع عقد الإمام ؟ فعلىٰ **وجهين** . فإنا قلنا : لا ضمان عليه مع كونه مختاراً ، فهو مبني علىٰ أن له أن يُقدم عليه ، ولهـٰذا نظائر : منها أن يقضي القاضي الحنفي للشافعي بشفعة الجوار ، أو بالتوريث بالرحم والرّد ، فهل يحلّ للمقضي له ما يجرى القضاء به ؟/ فيه اختلاف ، رمزنا إليه فيما تقدّم ، وسنذكر أصله وحقيقته في آداب القضاء ، ١١٢ ي إن شاء الله عز وجل . وامتثال الجلاد أمر الإمام فيما نحن فيه أَوْجَه ، وإن كان يخالف عقده ؛ لأن أمر الإمام مطاعٌ ممتثل ، وحقه أن يُتّبع ، وإقامة العقوبات ليست حقَّ الجلاّد ، وإنما هو فيها متابع متَّبِع ، والمقضي له بالشفعة علىٰ خِيَرته في ترك حق نفسه ، وكان الوجه ألا يحلّ له ما يجرى القضاء به إذا خالف عقده ؛ فإن القضاء لا يغير أحكام البواطن ، وهـٰذا ظاهر في الفرق .

والوجه عندنا القطع بأنه لا يحلّ للشافعي أن يأخذ ما يخالف معتقده ، ورَدُّ الخلافِ إلىٰ أنه هل يمنع من ذلك ظاهراً ؟ فيقال : إن دعواك هـٰذه باطلة ، بمخالفتها عقدك ؟ ويجوز أن يقال : لا يتعرض له في ظاهر الأمر ، لجواز أن يكون منتحلاً هـٰذا المذهب . فأما ذكر الخلاف في الاستحلال باطناً ، فبعيد ، والتردد الذي ذكرناه في الجلاد متجه لما أشرنا إليه من الاتباع ومعاونتِه علىٰ ما يريد إمضاءه موافقاً لعقده .

---

(١) المال : المراد الدية .

١١٢٢٣ـ ثم صوّر **العراقيون** صورة علىٰ عكس ما تقدّم ، فقالوا : لو كان الإمام لا يعتقد وجوب القصاص على الحر بقتل العبد ، ولـٰكنه أمر بقتله بغير فحصٍ وتجسيس ، ولو اطلع ، لمنع قتله ، وكان الجلاد يعتقد أن الحرّ مقتولٌ بالعبد ، فإذا قتله علىٰ موجب عقد نفسه .

قالوا : إن قلنا في المسألة الأولىٰ : إنا نعتبر رأي الإمام ، ففي هـٰذه المسألة يجب القصاص ، اعتباراً برأي الإمام ، فإنه لو اعترف[1] حقيقةَ الحال ، لما أمر بالقتل ، والجلاّد عارف إن لم يكن الإمام عارفاً ، وقد فرّط لما لم يُخبر الإمامَ ، فصار كأنه قتل بنفسه من غير إذنٍ من الإمام .

وإن قلنا في المسألة المتقدمة : إن الاعتبار بعقد الجلاد ، ففي هـٰذه المسألة احتمال [عدم إيجاب القصاص][2] على الجلاد ؛ تعويلاً علىٰ عقده ، وقد وجد الأمر من الإمام على الجملة . وهـٰذا الوجه عندي ضعيف في هـٰذه الصورة ؛ فإن الجلاد مختارٌ عالم بحقيقة الحال والإمام لو أُخبر ، لما أمر ، فلا يبقىٰ لأمر/ الإمام هاهنا أثر الاستتباع ، والسبب فيه أن الإمام لا يفوِّض إليه الاجتهاد ، وإنما استعمله للعمل فحسب ، فإذا امتنع عمله بعقده ، واقترن بأمر الإمام جهله بحقيقة الحال ، صار الجلاّد مستقلاً بالقتل . ش ١١٢

ثم لو أَخبر الإمامُ الجلادَ بأنه ظالم ، فتابعه الجلاد ، فعليه الضمان[3] . وهـٰذا على القطع فيه إذا كان الإمام مُكرِهاً ، والجلاد محمولاً مكرهاً ، ثم يخرج فيه تفاصيل الإكراه . فأما إذا كان الجلاد مختاراً ، فلا يتوجه الضمان على الإمام قطعاً ، وهـٰذا لا خفاء به . وعلىٰ هـٰذا الوجه فصّله **الأصحاب** ، **والصيدلاني** ، وهو مما لا يتمارىٰ فيه .

---

(١) اعترف القومَ استخبرهم وعرف حقيقتهم (المعجم) .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) أي على الإمام .

فصل

قال : « ولو خاف نشوز امرأته . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٢٢٤ـ للزوج تأديب زوجته إذا نشزت ، والأب يؤدب ولده ، والمعلّم يؤدب الصبي ، ولـٰكن هـٰؤلاء المؤدِّبين مطالبون شرعاً بأن يقتصروا علىٰ ما يقع التأديبُ به ، علىٰ شرط السلامة ، وتحقيق هـٰذا أن التأديب لو كان لا يحصل إلا بالضرب المبرِّح الذي يُخشىٰ من مثله الهلاك ، فلا يجب تحصيل التأديب ، وليس هـٰذا بمثابة عمل الأجير في تحصيل الغرض الملتمس منه في العين المملوكةِ المسلَّمةِ إليه ؛ فإن المستأجِر إذا التُمس منه ما لا يتأتىٰ تسليمه إلا بعيب يلحق العين المسلّمة إليه ، فإذا حصل الغرض ، ولحق العيب ، لم يجب الضمان ، على الرأي الظاهر ، كما فصلناه .

وإن كان التأديب يحصل بما لا يُفضي إلى الهلاك ، يباح تحصيله ، وإن لم يجب . وقال **المحققون** : إذا كان لا يحصل التأديب إلا بالضرب المبرِّح ، فلا يجوز الضرب الذي لا يبرّح أيضاً ، فإنه عريٌّ عن الفائدة . ثم إذا اعتقد المؤدب أنه اقتصر واقتصد ، واتفق الهلاك ، فنعلم أنه مخطىء في ظنه ، فإن القتل لم يحصل إلا لمجاوزته الحدَّ .

فخرج من مجموع ما ذكرناه أن قتيل التعزير مضمون ، فإن كان التعزير علىٰ حدّ الإسراف ، فهو قتلُ عمد إذا كان يُقصد بمثله القتل غالباً ، وإن كان بحيث لا يقصد به القتل ، فهو شبه عمد ، وليس خطأ . وإن كان التحصيل في الأصل جائزاً . وهـٰذا من لطيف الكلام/ . ١١٣ ي

١١٢٢٥ـ وأما الإمام إذا عزر ، فأفضىٰ تعزيره إلى الهلاك ، فنقدم علىٰ هـٰذا القولَ في أن التعزيرات هل تُستحَق ؟ أطلق **الأئمة** الأقوال بأنها لا تجب ، وهي مفوّضة إلى الإمام ، واستدلوا بترك رسول الله صلى الله عليه وسلم تعزيراتٍ في وقائعَ أساء أصحابها آدابهم .

وهـٰذا الكلام لا مزيد عليه ، ولـٰكنه يحتاج إلىٰ فضل بيان ، فليس ما ذكرناه من

---

(١) ر . المختصر : ٥/١٧٦ .

التفويض إلى الإمام تخيّراً صدَرُه الإرادة من غير سبب ، ولـٰكنْ حقٌّ على الإمام أن يرعىٰ مصالح الخلق ، فإن رأىٰ إقالةَ عثرةٍ ، وجرَّ ذيل الصفح علىٰ هفوة ، فليفعل ذلك . ولا يسوغ والحالة هـٰذه التعزير ، وإن غلب علىٰ ظنه أن وجه الاستصلاح في ضرب من تعرّض للتعزير ، فحق عليه أن يضرب .

والحدود تتميز عن التعزيرات بأنها إذا ثبتت ، فلا اجتهاد ولا تردد فيها ، وقد قطعت النصوص رأيَ كل ذي رأي فيها ، فلا وجه إلا إقامتُها إذا حُقت ، وإن ثبت ما يدفع ويدرأ ، فلا وجه للإقامة ، والتعزيراتُ مفوضة إلى الاجتهاد . هـٰذا مراد **الأئمة** لا غير .

ثم قتيل التعزير مضمونٌ ؛ من جهة أن الإمام يجب عليه الاقتصار في التعزير على المبلغ الذي لا يُهلك ، كما ذكرناه في تعزير الزوج ، والولي ، والمؤدب ، فهـٰذا مأخوذ على الإمام ، وهو مؤاخذ بما ذكرناه ، وليس هـٰذا عن جهة خروج التعزير عن المقدار المتلقىٰ من التوقيف ، فإنا لا نضمِّن الدافع[1] إذا رأيناه مقتصراً علىٰ حاجة الدفع ، وإن لم تكن أبوابه محدودة توقيفاً ، ولـٰكن قيل : لا موقف لك ، فاتبع حاجتك في الدفع ، وإن أتىٰ على القاصد[2] .

وليس للإمام أن يعزر إلىٰ حصول القتل ، بل إلىٰ حصول التأدّب .

١١٢٢٦ـ ومما تردد **الأئمة** فيه أن التعزير إذا تعلق بحق الآدمي ، مثل أن يُعرِّض بقذف محصن ، أو يصرّح بقذف من ليس بمحصن ، أو يكرر القذف بزنا قد حُدّ فيه ، فهـٰذه التعزيرات متعلّقةٌ بحقوق الآدميين ، فإذا طلبوها ، فهل للإمام ألاّ يقيمها ، إذا رأى الصفح ، والتجاوز أولى ؟ اختلف **أئمتنا** : **فصار صائرون** إلىٰ أنه لا خِيرةَ للإمام ، وحقٌّ عليه أن يسعف الطالبَ قياساً للتعزير في هـٰذه المقامات على الحدود إذا وَجَبَتْ .

---

(١) المراد أن الدافع الذي يدفع عن نفسه لا نضمّنه ما يترتب على الدفع المأذون له فيه ، إذا اقتصر علىٰ قدر الدفع .

(٢) القاصد : هو المعتدي الذي أجزنا للدافع أن يدفعه ، فلو أتىٰ على القاصد وقتله لا يضمن إذا كان لا يتأتى الدفعُ إلا بقتله .

ومن أصحابنا من قال : لو رأى/ الإمامُ الصفحَ والسعي في الإصلاح ، فعل ، كما يفعل في الأمور العامة . وهـٰذا الوجه أعوص[١] من الأول ؛ فإن مقدار التعزير إلى الإمام ، والتغليظ بالقول من التعزير ، ونحن لا نعتقد تصوّر صورة لا يرى الإمام فيها [رأيه][٢] ؛ فإن من أساء أدبه بالجهات التي ذكرناها لا نسكت عنه ، ولا نُكره علىٰ مقابلة[٣] سوء أدبه . فيؤول هـٰذا إلىٰ أن الإمام لو أراد الاقتصار من التعزير علىٰ كلامٍ ، فهل له ذلك ؟ ١١٣ ش

ومما يتعلّق بهـٰذا أن المُؤْذَىٰ بالتعريض أو التصريح لو عفا[٤] ورأى الإمام أن يؤدبه[٥] حقاً لله تعالىٰ ؛ حتىٰ لا يستجرىء علىٰ أمثال ما صدر منه ؟ فهـٰذا فيه تردّدٌ نجمعه إلىٰ آخر ، وهو أن من استحق الحدّ أو استحق القصاص لو عفا عن حقه ، فهل للإمام أن يعزره بما يراه استصلاحاً ؟ فيه تردّد .

وإذا ضممنا صور التعزير إلىٰ صور الحدود ، انتظم منها **أوجه** : **أحدها** ـ أن الإمام لا يضرب إذا عفا صاحب الحق . **والثاني** ـ له أن يعزر نظراً إلى الصلاح الكلي . **والثالث** ـ أنه لا يعزر في مقام الحدّ إذا عفا مستحِقُّه ؛ لأنه غير مفوّض إلى اجتهاد الإمام إذا طلب ؛ فلا يفوّض إليه الأمر إذا عفا المستحِق ، والتعزيرات في قاعدتها مفوضة قدراً ومحلاً إلى اجتهاد الإمام .

هـٰذا مقدار ما أردناه في ذلك ، وفي المبالغ المرعية في التعزيرات كلام **للأصحاب** يأتي في الباب ، إن شاء الله .

---

(١) كذا . ولعلها : أفقه من الأول .
(٢) مكان كلمة تعذرت قراءتها ، فقد رسمت هـٰكذا : (توصحا) بدون نقط .
(٣) مقابلة : أي لقاء ، وهي هنا بمعنىٰ مباشرة ومعاناة سوء أدبه .
(٤) المعنىٰ : لو عفا من وقع عليه الإيذاء بقذفٍ يستدعي تعزيراً لا حدّاً كما صوره .
(٥) يشير إلى الصورة التي فرضها آنفاً ، وهي : لو أن شخصاً عرّض بقذف محصن ، أو صرح بقذف من ليس بمحصن ، أو كرر القذف بزنىٰ حُدّ فيه ، ففي هـٰذه الحالات يكون التعزير حقاً للمقذوف ، فلو عفا المقذوف ، فهل للإمام أن يؤدب في هـٰذه الحالة ؟ هـٰذا معنى العبارة التي نحن فيها .

فصل

قال : « وإذا كان برجلٍ سِلْعَةٌ ، فأمر السلطان بقطعها . . . إلىٰ آخره »[1] .

١١٢٢٧ـ هـٰذا الفصل قد يعدّ من الجليات ، وفيه غوائل ، أكثرها يتعلّق بالزلل في التصوير ونحن لا نألو جهداً في البيان ، إن شاء الله عز وجل . فنقول : أولاً السِّلعة غدد تخرج بعضوٍ من الأعضاء ، لا تكون مفضيةً إلىٰ ضرر ، [ولـٰكنها][2] تشوّه الخَلْق ، وتسوء ، وقد [يُخشىٰ][3] منها الإفضاء إلىٰ أمرٍ مخوف ، فإذا تأكّلَت جارحةٌ ، وكانت تتداعىٰ ، فلا يخفىٰ أن قطعها إذا استصوبه أهل البصائر مما يؤثر في الدفع علىٰ ما سنفصل ونصف .

ونحن نفرض ما نريدُ من ذلك في البالغ المستقلّ المالك لأمر نفسه ، ثم نعود إلىٰ أحكام الولاة ، فنقول/ : إذا لم يكن في قطع السِّلعة خوفٌ ، فأراد صاحبها قطعَها لإزالة شَيْن ، فلا حرج عليه في ذلك . ولو كان في قطعها تخوّف ، وليس في بقائها إلا الشين ، فلا يحل للإنسان أن يقطعها من نفسه ؛ فإن التعرّض للخوف لا يعادل الشَّيْن . ي ١١٤

ولو كان في قطعها خوف ، فنقول في تفصيل ذلك : إن كان لم يظهر الخوف في القطع ، وظهر الخوف في التبقية ، فيجوز القطع لا خلاف فيه ، فإن قطع من نفسه ، جاز ، وإن أمر من يقطعها منه ، فللغير أن يقطعها بأمره ؛ فإنه أمير نفسه ، وتصرّفه علىٰ هـٰذا الوجه أولىٰ من تصرّف الغير في الغير ، وهو بمثابة الأمر بالحجامة والفصد ، وما في معناهما .

وإن كان في القطع خوف ، وفي التبقية خوف ، [ومقادير][4] الخوف وأوزانه لا تعتدل ، فإن كان الخوف في التبقية أكثرَ وأغلبَ على الظن ، وكان في القطع خوف أيضاً ، فالذي صار إليه **الأصحاب** في الطرق أن له أن يقطع ، ويأمر بالقطع لاستفادته

---

(١) ر . المختصر : ٥/١٧٦ .

(٢) في الأصل : « ولـٰكنه » .

(٣) مكان كلمة غير مقروءة في الأصل .

(٤) في الأصل : « فمقادير » .

غلبةَ الظن ، علىٰ ما وصفناها ، وإن استوى الأمران ، واعتدل الخوفان ، ولم يترجح أحدهما على الثاني ، فقد كان **شيخي** يختار أنه لا يحل له القطع هاهنا ؛ إذ لا فائدة فيه ، والعواقب مغيبة .

وذهب **بعض الأصحاب** إلىٰ أنه لا معترض عليه إذا اعتدل الأمران ، ولم يُخْلِ الأصحابُ الصورة عن خلاف أيضاً ، فاستبان لي في الصورتين من كلام **الأصحاب** أوجه : **أحدها** ـ أن القطع إذا كان مخوفاً ، لم يجز ، **والثاني** ـ أنه جائز في الصورتين ، **والثالث** ـ أنه يجوز إذا كان خوفُ التبقية أغلبَ ، ولا يجوز إذا اعتدلا في الظن .

وإن كان خوف القطع أغلب ، فلا خلاف أنه لا يجوز .

واتفق **الأصحاب** علىٰ أن من عظمت الآلام عليه ، وصار بحيث لا يستقل بها ، فليس له أن يسعىٰ في إهلاك نفسه ، ولذلك إذا كان به عِلَّة مُهلكة ، وقد قيل لا خلاص ، فليس له أن يذبح نفسه بسبب مذفِّف ، ولو أُضرمت النار في إنسان وكان لا يطيق الصبر [علىٰ][1] لفحاتها فأراد أن يلقي نفسه في بحر ورأىٰ ذلك أهونَ ، فهـٰذا قد اختلف فيه **أبو يوسف ومحمد** ، وراجعنا **شيخنا** في ذلك ، فقال : له[2] أن يبتدىء مهلكاً باختياره . وفي المسألة احتمال ؛ فإن الإحراق مذفف ، وكذلك الإغراق ، والرأي ما ذكره **شيخنا** .

هـٰذا رأينا في المستقل وما يجوز/ له من القطع وما لا يجوز . ١١٤ ش

١١٢٢٨ـ وأما تصرّف الولاة ، فإن أراد السلطان أن يقطع أنملة من مستقلٍّ بنفسه مُطْلَقٍ[3] ، فليس له ذلك ، فإن النظر فيه يَدِق ، وهـٰذا بمثابة ما لو رأى الوالي أن يفصِد

---

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في هامش الأصل : لعله ليس له أن يبتدىء مهلكاً باختياره .
ولـٰكن الغزالي في البسيط صرح بأن الشيخ أبا محمد قال : « له ذلك » واختاره الغزالي ، قائلاً : « وهو الصحيح » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٤٣ شمال) .
وكذلك حكاه الرافعي عن الشيخ أبي محمد ، وقال : هو الأصح . (ر . الشرح الكبير : ١١/ ٣٠١) .

(٣) مُطْلَق : أي غير محجور .

حيث يرى الطبيب ذلك ، فليس إليه هـٰذا ، والناس موكولون في هـٰذه المصالح إلىٰ رأيهم ، حتىٰ قال **الأئمة** : لو قطع الإمام ما ذكرناه من بالغ على الكره منه ، فأفضىٰ إلى الهلاك ، التزم القود ، فهـٰذا بيّن .

١١٢٢٩ـ فأما القول في المَوْلِيّ عليه ، فهـٰذا موضع التأمل التام . فنقول : إن فرضنا أَكِلَةً أو سِلْعةً بطفلٍ أو مجنون ، فنتكلم في تصرّف الولي الخاص فيه ، ونتكلم في تصرف السلطان . فأما السلطان ، فإنه ولي الطفل والمجنون إذا لم يكن له ولي خاص ، فله بنظره أن يأمر بالفصد والحجامة ، فإن كان قطعُ السِّلعة على النسق [الذي وصفناه][(١)] فللسلطان الأمر به[(٢)] ؛ فإنه والٍ ، وإذا كان يلي مالَه خيفة أن يضيع ، فلأن يلي بدنه في جهات المعالجات أولىٰ ؛ فإن أبدان الحيوانات عرضةٌ للتغايير ، وعِللها في أُهبها ، فلو أهملت ، لأدىٰ إلى الهلاك ، وقد نقل **الأصحاب** مطلقاً أن السلطان [لا][(٣)] يقطع السلعة ، ولم يريدوا هـٰذه الصورة ؛ فإنها من المعالجات .

فأما إذا كان قطع السلعة مُخطِراً[(٤)] وكانت تبقيتُها مُخطِرةً أيضاً ، ومست الحاجة إلى النظر في تغليب أحد الظنين ، فهاهنا قال **الشافعي** : **لا يقطع السلطان السلعة والأَكِلة** . ونقتصر علىٰ هـٰذا القدر الآن من الكلام في السلطان ، ثم نعود إليه بالإتمام .

فأما الأب والجد أبو الأب ، فقد أطلق **الشافعي** قوله : بأنه يقطع الأَكِلَة [في هـٰذه الصورة][(٥)] ، ولم يرد بها صورة المعالجة ، حيث لا ضرار في القطع ؛ فإن ذلك يسوغ للسلطان ، كالفصد والحجامة ، فلا يخفىٰ جوازه للولي الخاص . فأما إذا تعارض خطران في القطع والتبقية ، فعند ذلك **قال الشافعي** : « **للولي الخاص أن يقطع إن كان القطع صواباً** »[(٦)] .

---

(١) ما بين المعقفين زيادة من المحقق لاستقامة الكلام .
(٢) أي إذا كان في قطعها درءٌ لخطر ، وكان بقاؤها مخوفاً ، على النسق الذي وصفناه .
(٣) في الأصل : « لم » .
(٤) مخطِراً : من أخطر فلاناً المرض : أي جعله بين السلامة والتلف . (المعجم) .
(٥) في الأصل : « يقطع الأكلة والصورة » والمثبت تصرف منا علىٰ ضوء التفصيل الآتي .
(٦) وهـٰذا النص أيضاً لم أصل إليه في المختصر .

وسبب هـٰذا أن الإقدام على القطع يحوج إلىٰ نظرٍ دقيق لا يصدر إلا من شفيق متناهٍ في الشفقة ، وهـٰذا يضاهي الاستصلاح بالتزويج ، فأب الأب يزوّج ابنته/ البكر استصلاحاً ، وإن كان يوقعها في رق الأبد ، ويزوّج من طفله . والسلطان لا يملك ذلك ؛ فإن التزويج يحتاج إلىٰ نظرٍ دقيق مفوّض إلى الولي الخاص الشفيق ، فإذا تصوّرت الصورة ، فتمام القول أنا حيث نجوّز للرجل القطع [أي][1] يقطع من نفسه نجوّز للولي أن يقطع من طفله ، وحيث لا ، فلا . وقد ذكرتُ تردّداً عند استواء الخوفين من أن الإنسان هل يقطع من نفسه ، ولعل الأظهر هاهنا ألا يقطع من طفله ، والعلم عند الله تعالىٰ .

١١٥ ي

١١٢٣٠ـ ونحن ننعطف بعد هـٰذا التصوير إلىٰ أمور في الضمان ، أما المستقل إذا أمر الغيرَ بالقطع منه ، فقطع ، وأفضىٰ إلى الهلاك ، فقد قال **الأئمة** : لا ضمان على القاطع المأمور ، وهـٰذا فيه إذا كان القطع جائزاً ، وليس كما لو أباح يده ، أو أمر بقطعها ، فقطعها إنسان ، وأفضى القطع إلى الهلاك ، فإن في ضمان النفس قولان تقدم ذكرهما ، والفرق أن القطع المسوَّغ لغرضٍ يستحيل أن يجرّ ضماناً على القاطع المأمور ، ولو قيل هـٰذا ، لامتنع القاطعون من القطع . وأما إباحة اليد ، فلا غرض فيها ، والقطع محرم في نفسه .

وأما الإمام إذا قطع من صبيٍّ سلعة حيث قلنا : لا يجوز له قطعها ، فقد قال **الأصحاب** : تجب الدية ، وفي القود قولان ، وإن كان يجوز للأب القطع في هـٰذا المقام ؛ لأنه قطع قطعاً لا تقتضيه ولايته ؛ فصار كالقطع من بالغ . ثم قيل : إذا لم نوجب القود ، فالدية في ماله ، وهـٰذا هو الظاهر ، وسبيله كسبيل من قتل إنساناً علىٰ زيّ مشرك في ديار الإسلام حسبه كافراً ، وكان مسلماً ، ففي وجوب القود قولان ، والمذهب أنا إذا أوجبنا الدية ، لم نضربها على العاقلة ، وقد قدّمتُ في ذلك فصلاً حاوياً مشبِعاً .

وإذا قلنا : للأب أن يقطع ، فالذي أطلقه **الأصحاب** قاطبة أنه إذا قطع وأفضىٰ إلى

---

(١) في الأصل : « أن » والمثبت تقدير منا .

الهلاك ، فلا ضمان على الأب . قال القاضي : الذي عندي هو أنه يضمنه بالدية ، وإنما يباح له ذلك بشرط سلامة العاقبة ، وهـٰذا بمثابة الضرب/ للتأديب . ش ١١٥

وهـٰذا عندي غير سديد ؛ فإن الضرب للتأديب أُمر به علىٰ شرط الاقتصار علىٰ ما لا يقتل ، وإذا جُوِّز للأب أن يقطع مع الخطر في القطع ، فإلزامه الضمان محال ، ويبعد كل البعد أن يسوغ للأب أن يعالج ولده المجنون بالفصد ، ثم يقال : إذا أفضىٰ إلى الهلاك يضمنه ، والمتبع في التأديب ما ذكرناه .

وقال الأئمة : إذا ختن الوالد ولده علىٰ حسب المصلحة ، فاتفق الموت منه ، فلا ضمان عليه ، وقال القاضي : الذي أراه وجوب الضمان ، وهـٰذا الذي قاله في الختان أوجه ؛ فإن الختان لا يجب في حق الصبي والمجنون كما سنصفه ، وليس من المعالجات التي لو تركت ، لجرّ تركها فساداً في البدن ، فلا يمتنع ما قاله القاضي في الختان . وسنعود إن شاء الله تعالىٰ إلىٰ هـٰذا في فصل الختان علىٰ أثر هـٰذا .

فصل

قال : « ولو كان رجل أغلف . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٢٣١ـ الختان واجب عند الشافعي في الرجال والنساء ، والمستحَق من الرجال قطع القُلْفة وهي الجلدة التي تغشى الحشفة ، والغرض أن تبرز ، ولو فرض مقدار منه على الكَمَرَة لا ينبسط علىٰ سطح الحشفة ، فيجب قطعه ، حتىٰ لا يبقىٰ جلد متجافٍ متدلٍّ .

والمقدار المستحق في النساء ، ما ينطلق عليه الاسم ، وفي الحديث ما يدل على الأمر بالإقلال ، قال صلى الله عليه وسلم لخاتنةٍ : « **أشمي ولا تنهكي** »[٢] أي اتركي

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٦ .

(٢) حديث : « أشمي ولا تنهكي » ، رواه الطبراني في الأوسط ، قال الهيثمي : « وإسناده حسن » ورواه ابن عدي في الكامل ، والبيهقي في الكبرىٰ ، من حديث أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأم عطية : « إذا خفضت فأشمي ولا تنهكي ؛ فإنه أسرىٰ للوجه وأحظىٰ عند الزوج » (ر . المعجم الأوسط للطبراني : ٣/ ١٣٣ برقم ٢٢٧٤ ، مجمع الزوائد : ٥/ ١٧٢ ، الكامل لابن عدي : ٣/ ٣٠ ح١٠٨٣ ، البيهقي : ٨/ ٣٢٤) .

الموضع أشمّ ، والأشمّ المرتفع ، والقطع يقع في أعلى المدخل علىٰ لحمة بادية ، ولا حاجة إلى الإطناب في وصفها .

وقال **أبو حنيفة**[١] : الختان لا يجب أصلاً في الرجال ، ولا في النساء .

ثم مؤنة الختان من مال المختون .

[ومعتمد المذهب][٢] أن الختان قطع عضو ، فلو لم يجب ، لم يجز ، ولا ينبغي أن نفهم منه أنه[٣] كافٍ ، لا يجوز لو لم يجب لما فيه من خوف ، ولـٰكن لكل جزء حي من الإنسان حرمة الحياة ، فلا يجوز فصلها بغير حق ، وليس كالأخذ من الشعور والأظفار ؛ فإنها ليست علىٰ حقيقة الحياة ، وإن اختلفت المذاهب في ثبوت حكم الحياة لها .

ولو كان الرجل على/ خلقة من الضعف بحيث لو ختن لخيف عليه ، فلا يجوز أن يختن ، ولـٰكن ينتظر التمكن من الختان ، حتىٰ يغلب على الظن السلامة . ١١٦ ي

وقد قال **الأئمة** : لا يجب الختان قبل البلوغ ، لأن الصبي ليس من أهل أن تجب عليه العبادات المتعلّقة بالأبدان ، فما الظن بالجرح الذي ورد التعبد به ، وليس هـٰذا كالعدّة[٤] ؛ فإنه لا تعب عليها منها ، وإنما هي مضي الزمان .

فإذا بلغ الرجل أقلفَ ، وبلغت المرأة غيرَ مخفوضة ، ولا عذر ، فلا يجوز تأخير الختان ، فإذا ظهر ذلك للسلطان ، أَمر بالختان ، فإن أبىٰ ، أُجبر عليه ، فإن جرّ ذلك هلاكاً ، فلا ضمان على السلطان هاهنا ؛ فإن ما فعله استيفاء شعار الدين من ممتنعٍ عن إقامته .

---

(١) رؤوس المسائل : ص٥٠٤ مسألة ٣٦٦ ، الاختيار : ١٦٧/٤ ، الفتاوى الهندية : ٣٥٦/٥ ، ٣٥٧ .

(٢) في الأصل : والمعتمد المذهب . والمثبت تصرف من المحقق ، شهد له عبارة الغزالي ، إذ قال : « ودليل وجوبه أنه قطع جزء حيٍّ ، وفي كل جزء حي حرمة ، وفيه خوف ، فلولا استحقاقه ، لما جاز الإقدام عليه » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٤٤ شمال) .

(٣) الضمير يعود علىٰ هـٰذا الاستدلال للمذهب ، والمعنىٰ : لاينبغي أن نفهم أن هـٰذا كافٍ ، بل نزيد عليه أن لكل جزء حي حرمة ، فلا يمكن فصله بغير حقٍ .

(٤) كالعدّة : أي حينما تجب على الصغيرة .

ثم إن ختن السلطان طفلاً لا ولي له في اعتدال الهواء ، حيث يجوز للأب ـ لو كان ـ أن يختن ، فإن أفضىٰ إلى الهلاك ، فلا ضمان ، كما لو عالج بالفصد والحجامة علىٰ حسب المصلحة ، وقال **القاضي** : يجب الضمان ، وهٰذا محتمل ؛ فإنه ليس من قبيل المعالجات ، والختان ليس واجباً في الحال ، ووجه ما ذكره **الجماهير** أن الختان لا بد منه ، فإجراؤه في الصغر والبدن غض رخص ، والمختون مقدار صغير أولىٰ ، فيلتحق من هٰذا الوجه بالمعالجة ، وطرد **القاضي** ما ذكره من الضمان في وجوب الضمان على الأب إذا ختن الطفل ، وهٰذا في الأب أبعد ، وقد صح في الخبر « **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بأن يحلق رأس المولود ، ويعق عنه ، ويختن في السابع من ولادته** » .

ولو ختن السلطان في حر شديد ، أو برد مُفْرط ، فأدىٰ إلى الهلاك ، نص **الشافعي** علىٰ أنه يضمن ، ونص علىٰ أنه لو أقام الحد في الحر الشديد أو البرد ، فأدىٰ إلى التلف لا يضمن ، وقد ذكرنا اختلاف **الأصحاب** في النفس ، وتردّد الطرق ؛ فلا نعيده . والنص الذي ذكره في السلطان يجري في الأب إذا ختن في الحر الشديد ، والبرد المفرط ، فإن جرىٰ خلافٌ في نفي الضمان عن السلطان ، فالأب أولىٰ بانتفاء الضمان عنه ؛ فإن الختان في حقه كالحدّ في حق الإمام ؛ من حيث إنه يتولاه هو .

❊ ❊ ❊

باب
صفة السوط وما فيه

/ **قال : « ويضرب المحدود بسوط بين السوطين . . . إلىٰ آخره »**[١] . ١١٦ ش

١١٢٣٢ـ الغرض من هـٰذا رعاية الوسط في حجم السوط وصفته ، وكيفية الضرب به ، والإيلام لا بد منه مع بناء الأمر علىٰ تجريد القصد إلىٰ إبقاء النفس ، وهـٰذا يوجب التوسط ، فإن الإفراط ينافي البُقيا ، وقصد الإبقاء وترك رعاية الإيلام الناجع يبطل حكم الحد ، ومجموع ذلك يقتضي التوسط .

وأول ما نبدأ به حجم السوط ، ولا متعلّق فيه إلا اسم السوط ، والقضيب المستدق ليس بسوط ، والزائد الحد المعتبر عصا ، فحدُّ السوط المعتاد معتبر . هـٰذا قولنا في الحجم .

فأما صفة السوط بعد حجمه ، فلا ينبغي أن يكون رطباً قريبَ العهد ؛ فإنه يَفْطُرُ[٢] الجِلدَ لما فيه من ثقل المائية ، وتلدّن المعاطف والغوص في البدن إذا اشتدّ ، لو أطاقه . والخشبةُ اليابسة خفيفة ، وهي علىٰ خفتها لا تنعطف ، فيسقط الإيلام المطلوب بها وقد [تتشظّىٰ][٣] . وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **كان يقيم الحدّ علىٰ إنسان ، فأتي بخشبة لم تكسر ثمرتُها**[٤] ، **أي كانت قريبة ، وعليها عُقَدُها التي هي منابت الغصون الدقيقة ، فردّها ، وقال : « هلاّ دون ذلك » ، فأتي بخشبة خَلَقة ، فقال صلى الله عليه وسلم : « فوق هـٰذا » فأتي بخشبة لا جديدة ، ولا خَلَقة ، فأقام بها الحد** »[٥] .

---

(١) ر . المختصر : ٥/١٧٦ .

(٢) يفطُر الجلد : أي يشقه .

(٣) لم نستطع قراءتها إلا بمعاونة عبارة الغزالي في البسيط .

(٤) ثمرة السياط : عقد أطرافها (قاله الجوهري) وقال أبو عمرو : « لم يمتهن ولم يلن » .

(٥) حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقيم الحد علىٰ إنسان فأتي بخشبةٍ لم تكسر =

١١٢٣٣ـ ثم ما ذكرناه في صفة السوط ، من رعاية التوسط يُرعىٰ في الضرب ، فلا ينبغي أن يرفع الضارب يده إلى انتصابها بحيث تبدو عُفرة الإبط من شَيْله[١] ، حتىٰ يكتسب السوط ثقلاً ورَزَانةً إذا أرسل ، وفي كيفية الضرب ، وأعمال الأصابع وإرسال رأس السوط ، أو ما ينحدر عنه دقائق لسنا جاهلين بها ، ولٰكن لا معنىٰ لذكرها ، وذكر التوسط كافٍ فيها .

ثم لا ينبغي أن تُشَدَّ اليدان من المحدود ، بل تُتركان مطلقتين حتىٰ يتقي بهما إن أراد ، ويتقي الجلادُ المَقاتل ، كالأخدع[٢] والقُرط[٣] ، وثُغرة النحر ، والفرج ، ويتقي الوجه ؛ فقد صح الخبر عن اتقاء وجوه البهائم ، فما الظن ببني آدم ، وقد كرمهم الله تعالىٰ ، والوجه مجمع المحاسن والحواس ، ويترك الرجل قائماً ،

= ثمرتها. . . » لم نجد الحديث بهٰذا اللفظ ، بل قال ابن الصلاح : اشتبه هٰذا علىٰ إمام الحرمين ، فغيّر ألفاظ الحديث ، وقال فيه « فأتي بخشبة » وفسّر الثمرة بعقدها التي هي منابت الغصون الدقيقة ، وتبعه علىٰ ذلك الغزالي في (بسيطه) ، ونسأل الله عصمته وتوفيقه . (مشكل الوسيط ـ بهامش الوسيط ٦/ ٥١١) .

والحديث رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم بلفظ « . . . فأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوطٍ مكسور فقال : « فوق هٰذا » فأتي بسوطٍ جديد لم تقطع ثمرته ، فقال : « دون هٰذا » فأُتي بسوطٍ قد رُكب به ولان ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد » وثمرة السياط : عقد أطرافها (قاله الجوهري) وقال أبو عمرو : « أي لم يمتهن ولم يلن » . ورُكب به : أي ذهبت عقد طرفه . (الموطأ : الحدود ، باب ما جاء فيمن اعترف علىٰ نفسه بالزنا : ٢/ ٨٢٥ وتفسير الألفاظ عن محمد فؤاد عبد الباقي بهامش الموطأ) .

هٰذا ، وللحديث شاهد عند عبد الرزاق عن معمر بن يحيى بن أبي كثير (مصنف عبد الرزاق : ٧/ ٣٦٩ ح١٣٥١٥) . وشاهد آخر عند وهب من طريق كريب مولى ابن عباس . قال الحافظ في التلخيص : فهٰذه المراسيل الثلاثة يشدّ بعضها بعضاً . (التلخيص : ٤/ ١٤٥ ح٩٢٠) .

(١) شَيْله : أي رفعه : من شال يده إذا رفعها يسأل بها ، والفعل واوي ، والمصدر : (شولاً) لا شيلاً . (المعجم) و(المصباح) .

(٢) الأَخدع : عرق في جانب العنق ، وهما أخدعان في جانبي العنق . (المعجم) .

(٣) القرط : من المجاز العقلي . والمراد مكان القرط .

ولا يوالي بالسياط علىٰ موضعٍ من بدنه ، ولا بأس/ بضرب الرأس عندنا ، وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لِمن كان يقيم الحدّ اضرب الرأس ، فإن الشيطان في الرأس ، ومنع **أبو حنيفة**(١) ضرب الرأس .

١١٧ ي

ولا يضرب في الحر الشديد ، والبرد المفرط ، فإن فعل فأدىٰ إلى التلف ، فنص **الشافعي** أنه لا يجب الضمان . وقد مضىٰ هـٰذا علىٰ أبلغ وجه في البيان .

ولو وقع الضرب بخشبة فوق الوسط أو فُرض تحاملٌ مفرط في الضرب ، فالذي نراه أنه يتعلق الضمان به ، وليس كالضرب في الحرّ الشديد ، فإن سبب نفي الضمان على القول الظاهر امتناعُ تأخير حدود الله تعالىٰ إذا رأى الإمام ألاّ يؤخر ، والزيادة على المطلوب في جِرم السياط خروجٌ عن المقدار المستحق ، وكذلك القول في التحامل المفرط في الضرب .

والمرأة تُضرب جالسةً وتُربط عليها ثيابها حتىٰ لا تنكشف .

١١٢٣٤ـ ومما يجب الاعتناء به أن الضربات أصلها أن تكون متوالية ، فإن فُرّقت ، فكيف الوجه ؟ وإلىٰ ماذا الرجوع ؟ إن فرّق الأسواط على الأيام ، فكان يضرب في كل يومٍ سوطاً . قال **القاضي** : لا يعتد بهـٰذا . والأمر علىٰ ما ذكره ؛ فإن مقصود الحد من الإيلام الناجع الزاجر لا يحصل علىٰ هـٰذا الوجه ، وكذلك لا يحصل التنكيل أيضاً ، ثم لو أقام خمسين سوطاً وِلاءً في يومٍ ، وأقام خمسين أخرىٰ في يومٍ آخر ، جاز .

وهـٰذا الفصل فيه انتشار ، والممكن في ضبطه : أنه إن ظهر سقوط أثر الألم لتفرق الأسواط على الزمان ، كما فرضه القاضي من وقوعها [آحاداً](٢) في أيامٍ ، أو كان يقع سوطان في كل يومٍ ، فهـٰذا ليس بحد .

وإن كان المقدار الواقع مؤثراً ، أي لم يتخلل من الزمان ما ينقطع فيه أثر الأول ،

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢٦٤ ، فتح القدير : ٥/ ١٨ ، تبيين الحقائق : ٣/ ١٧٠ ، الاختيار : ٤/ ٨٥ .

(٢) مكان كلمة غير مقروءة بالأصل ، رسمت هـٰكذا : « املا » والمثبت تصرف منا علىٰ ضوء ما مضىٰ من حكاية قول القاضي .

فالظاهر إجزاء هـٰذا ؛ إذا[١] تجمّع كونُ الواقع مؤلماً ، وبقاء الألم إلىٰ وقوع الآخر . وإن كان الواقع مؤلماً وتخلل من الزمان ما يُسقط أثر التألم [بالأول][٢] ، فهـٰذا محل التردد . ظاهر كلام **القاضي** أن ذلك حدٌّ معتدٌّ به .

والوجه عندنا أنه لا يعتدّ به إذا انقطع أثر الأول[٣] ؛ فإن التتابع والوِلاء [لو][٤] عُدِّل/ بالأسواط ، [لبلغ][٥] أثره عدداً منها صالحاً ، ففي ترك الموالاة إسقاط جزء من الحد[٦] . وما ذكره **القاضي** محتمل أيضاً ، وفي كلامه إشارة إلى الخمسين ، فإن كان يتشوف بذكرها إلىٰ أن الخمسين حدٌّ كامل ، فهـٰذا الفن يدِق مُدركه ، ولا ينبغي أن يُتشاغل بمثله ؛ فإن الأمور في الكليات لا تنطاع من التضيّق والضبط ، وشرطُ الفقه ألا يطلبَ من كل شيء إلا ما يليق به ، والتقدير[٧] من موضع غايةُ المطلوب فيه التقريبُ وإبانةُ مسلك الاجتهاد لا يحسن .

ش ١١٧

فإن قيل : لو حلف الرجلُ ليضربنّ فلاناً مائة سوط ، ثم إنه فرّق عليه السياط في الأيام ، يَبَرّ في يمينه ، فهلاّ وقع الاكتفاء بتحصيل الاسم في الحدود ؟ قلنا : تعويل الأيمان علىٰ موجَبات الألفاظ ، والتعويل في فهم معاني التكليف على المقاصد . وقد ظهر من مقصود الشرع أن الغرض من الحد الزجر والتنكيل علىٰ قدرٍ يقرب من الفهم ، فيجب اعتباره .

---

(١) إذا بمعنىٰ : إذ .

(٢) في الأصل : بالواقع . والمثبت منّا علىٰ ضوء السياق وما حكاه الغزالي والرافعي والنووي عن الإمام .

(٣) عزا النووي هـٰذا الضابط إلى الإمام ، فكأنه لم يسبق إليه . (ر . الروضة : ١٠/ ١٧٣) .

(٤) سقطت من الأصل . والمثبت من عبارة الرافعي في الشرح الكبير : ١١/ ٢٨٦ .

(٥) في الأصل : « التلقي » ومن فضل الله أن وجدنا الرافعي حكى العبارة كاملة عن الإمام وإلا لاستحال علينا تصويبها . (ر . السابق نفسه) . وانظر إلىٰ أي حد بعُد التصحيف برسم الكلمة .

(٦) المعنىٰ أن في ترك الموالاة إسقاط جزء من الحد ؛ لأن الموالاة إذا قيس أثرها وعدّل بالأسواط وقوبل بها لبلغ عداداً معتبراً من الأسواط .

(٧) أي أخذ التقدير واستنباطه من مواضع التقريب غير حسن .

فَصْلٌ

قال : « ولا يبلغ بعقوبةٍ أربعين ، تقصيراً عن مساواته عقوبة الله تعالىٰ في حدوده . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٢٣٥ـ التعزيرات لا مبالغ لها تقديراً من الشارع ، ولـٰكن يتطرّق إليها في جهة الأقصىٰ مردٌّ يُنتَهىٰ إليه ، ويتخذه المجتهد شوفَه بين يديه ، فالذي تمهد في الأصل أن التعزير لا يُبلغ به الحدّ ، كما أن الرضخ لا يبلغ به السهم في المغنم ، والحكومة لا تبلغ الدية .

ثم اختلف طرق أئمتنا في المبالغ التي نجعلها شَوْفنا في الاعتبار : فقال **قائلون** : يُحط أعظم التعزيرات عن أقل الحدود ، وقال **آخرون** : يُنسب مقتضىٰ كل تعزير إلىٰ ما يقتضي الحدّ في قَبيله ، حتىٰ إن كان ما صدر من الإنسان هي مقدمات الزنا ، فالتعزير فيما جاء به محطوط عن حد الزنا ، وإن عرّض بقذف ، أو قذف من ليس محصناً ، فتعزيره محطوط عن حدّ القذف ، وإن فرض ملابسةٌ لأسباب الشرب ، فالمعتبر الذي إليه الرجوع حدّ الشرب ، وهـٰذا فقهٌ حسن .

توجيه الوجهين : من قال يُحط أبلغ التعزيرات عن أقل الحدود ، احتج بأن قال : أعظم الأشباه بالإضافة إلىٰ أقل أسباب الحدود محطوط عنه ، وإنما توجد العقوبات من موجباتها ، ومن يصير إلىٰ/ الوجه الثاني احتج بأن النِّسب حقها أن تقرر باعتبار كل نوعٍ بالغاية المطلوبة فيه أولىٰ ؛ ولذلك تعتبر كل حكومة بحسب الجناية علىٰ عضو بما يجب الأرش المقدّر في ذلك العضو ، علىٰ تفاصيلَ انتجز شرحها في الديات . ١١٨ ي

وما ذكره ناصر الوجه الأول من أن ما يوجب أقلَّ الحد أعظمُ مما يوجب أبلغ التعزيرات ليس كذلك ؛ فإن منازل الزلات والجرائم لا يُتلقّىٰ من هـٰذا ، ورب شيء هو أكبر من كبار موجبات الحدود لا يحدُّ في قبيله ، كأكل مال اليتامىٰ ظلماً ، وكإمساك

(١) ر . المختصر : ٥/١٧٦ .

المولّي[1] حتىٰ يُدركه قاصدُه ، فيقتله ، فلا يشك ذو تحصيل أن ما ذكرناه أبلغ من قطرةٍ من خمرٍ يتعاطاها ولوعٌ بها مذمّم في نفسه .

التفريع : ١١٢٣٦ـ إن حكمنا بأن أبلغ التعزيرات محطوط عن أقل الحدود ، فأقل الحدود حدُّ الشرب ، فليحط التعزير عنه ، ثم اختلف **أصحابنا** إذا كان المعزَّر حرّاً ، **فمنهم** من قال : يحط تعزير الحر عن حدّ الحرّ ، وهو أربعون ، ويحط تعزير العبد عن حدّ العبد في الشرب ، وهو عشرون . ومن **أصحابنا** من قال : أبلغ التعزيرات محطوط عن عشرين ؛ فإنه أقل الحدود على الجملة ، وهـٰذا الوجه إن كان ضعيفاً في طريق المعنىٰ ، فإنا سنذكر إن شاء الله تعالىٰ في آخر الفصل ما يعضده .

وإن فرّعنا علىٰ أن كلَّ تعزيرٍ معتبر بالحد الذي يناسبه ، فيعتبر تعزير الحر بحدّ الحر ، وتعزير العبد بحد العبد بلا خلاف ، فإنا إذا كنا نرعىٰ تقارب الأسباب في السبب ، فاعتبار الأشخاص المعزرين أولىٰ .

والذي نراه أن تعزير من يتعلّق بأسباب السرقة يجب أن يعتبر بأبلغ الحدود الواقعة بالجلد ، وهو حد الزنا ؛ فإن القطع أبلغ من مائة جلدة .

١١٢٣٧ـ ثم قال الأئمة بعد ذلك : ليس للإمام أن يبتدر الضربَ بل نرعىٰ في ترتيب التأديب من التدريج والاكتفاء بأقل المراتب ما يرعاه الدافع في الاقتصار علىٰ حاجة [الدفع][2] ، حتىٰ إن علم أن التوبيخ بالكلام كافٍ ، اكتفىٰ به . وإن لم يره ناجعاً ترقىٰ إلىٰ [التعنيف][3] فيه ، ثم يرقىٰ من هـٰذه المرتبة إلىٰ ما يرىٰ من حبسٍ ، أو دفعٍ في الصدر ، أو ما جرىٰ هـٰذا المجرىٰ ، ثم هـٰكذا/ إلىٰ أن ينتهي رأيه . ش ١١٨

ومن آداب الإمام في ذلك ، أن يتوقَّىٰ هيجه وغضبه [ويتأتّىٰ][4] لما يأتي به مُعْمراً[5] إشفاقاً ، واستصلاحاً للمؤدَّب . وقصة **عُمر** في ذلك مشهورة : إذ رفع دِرّته

---

(١) أي المولّي عن الصائل الذي يقصده بالقتل ، فإمساكه عن الهرب حتىٰ يُقتل ذنب عظيم .
(٢) في الأصل : « الرافع » .
(٣) في الأصل : « التصنيف » . وفيها أثر تصويب زادها تشويهاً .
(٤) في الأصل : « ويأتي » . وتأَتّىٰ للأمر : أي ترفق له وأتاه من وجهه . (المعجم) .
(٥) معمراً : (كذا) ومعناها : ملتزماً : من أعمر الرجل ماله وبيته : إذا لزمه (القاموس المحيط) .

لمن كان يبذُؤ بلسانه علىٰ صاحبٍ له ، فأطلق المعزَّر لسانه في **عمر** غير شاعرٍ به ، فردّ الدرّة ، حتىٰ روجع في ذلك ، وقيل[(١)] : تعرّض لرجلٍ من آحاد المسلمين ، فهممتَ به ، وأساء القولَ في أمير المؤمنين [ووَزَرِ][(٢)] المسلمين ، فكففتَ عنه ، فقال : « **أما إني رفعتها لله ، فمَن ابن أم عمر حتىٰ يُنتَقَمَ له مع الانتقام لله** »[(٣)] ؟ وأشار بهـٰذا إلىٰ ما لحقه من مبادىء الغيظ .

وقد روي من صفح رسول الله صلى الله عليه وسلم وعفوه ما يظهر حملُه علىٰ قريبٍ ممَّا ذكرناه . وهو مثل ما روي : « **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كان في سفرٍ علىٰ بعيرٍ فجاء أعرابي ، فجذب رداءه ، حتىٰ أثرت جذبته في عنقه ، وقال : احملني ؛ فإنك لا تحملني علىٰ بعيرك ولا بعير أبيك** »[(٤)] فقال أبو هريرة : فهممنا به كالخيل من الحديد نبغي قتله ، فقال عليه السلام : « **عزمت علىٰ من سمع كلامي أن يثبت مكانه** » ، **فوقفنا ، وأيدينا علىٰ مقابض السيوف ننتظر أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فدعا أسامةَ بن زيد ، وقال** : « **احمله علىٰ بعير الزاد** » ولم يعزره . وقصة الرجل الذي خاصم الزبير في سقيه بستاناً مشهورة ، وهي محمولة علىٰ ما ذكرناه[(٥)] .

١١٢٣٨ـ ومن أهم ما يجب الاعتناء به ، [فهمُ][(٦)] سؤال مع الجواب عنه . فإن

---

(١) أي قيل لعمر .

(٢) في الأصل : « ووزير » .

(٣) أثر عمر رضي الله عنه لم نقف عليه .

(٤) حديث الأعرابي الذي جذب ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : « احملني. . . » رواه أبو داود ، والنسائي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، وضعفه الشيخ الألباني (ر . أبو داود : الأدب ، باب الحلم وأخلاق النبي صلى الله عليه وسلم ، ح٤٧٧٥ ، النسائي : القسامة ، باب القود من الجبذة ، ح٤٧٨٠ ، ضعيف سنن أبي داود للألباني ، ح ١٠٢٢) .

(٥) حديث الرجل الذي خاصم الزبير في سقي بستان متفق عليه . (البخاري : المساقاة ، باب سَكْر الأنهار ، ح٢٣٥٩ ، ٢٣٦٠ ، مسلم : الفضائل ، باب وجوب اتباعه صلى الله عليه وسلم ، ح٢٣٥٧) .

(٦) في الأصل : « فهو » .

قيل : لَمْ يقف **بعضُ العلماء** في التعزيرات علىٰ موقف ، حتىٰ رأىٰ **مالكٌ**[(١)] القتلَ تعزيراً ، وهـٰذا [يوافق ظن مَنْ][(٢)] لا يدق نظره إلى الإيالة التامة ؛ فإن الهَنة التي تصدر من آحاد الناس في الخطر لا يدرؤها جلدات نكال ، سيّما وقد بعد العهد ، وتمادى الزمن ، ولا يزداد المستأخرون إلا شرّاً .

قلنا : لا مزيد علىٰ ما ذكرناه . والسؤال[(٣)] برعاية الإمام وكلاءته ؛ فإنه إن أحسن إقامة الضوابط ، وألزم نفسه الاطلاعَ ، ومهَّد طرقَ تقاذف الأخبار إليه ، وعضد كلَّ قُطرٍ بقوّامٍ به ، وتقدم إلىٰ أصحاب الأعمال ، إذا بدا من الناس ما يستوجبون الآداب به أن يعزّروا ، ولا يتسامحوا ، وإن تكررت الهَنات تكررت الجلدات ، فهـٰذا كافٍ ، وإنما الشرّ/ كله في الإهمال ، وقطع عين المراقبة عن الناس ، وإن تألّبت طائفة ، وسلّت يدها عن الطاعة ، رُدّت إلى الطاعة بغرار[(٤)] السيوف . ي ١١٩

ولو كانت قضايا الشرع تختلف باختلاف الناس ، وتناسخ العصور ، لانحلّ رباط الشرع ، ورجع الأمر إلىٰ ما هو المحذور من اختصاص كل عصر ودهر برأي . وهـٰذا يناقض حكمةَ الشريعة في حمل الخلق على الدعوة الواحدة ، ولما ذكر **صاحب التقريب مقالات الأصحاب** في التعزيرات ومبالغها روىٰ عن أبي بُردة بن نِيار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **لا يجلد فوق العشرة إلا في حدّ** »[(٥)] . قال **صاحب التقريب** : هـٰذا خبرٌ صحيح ، لو [**بلغ الشافعي**][(٦)] ، لقال به ، وقد صح من أقوال **الشافعي** أن من يبلغه مذهبٌ منه ، ويصح عنده خبر علىٰ خلافه ، فحق عليه أن يتّبع الخبر ، ويعتقدَ أنه مذهبُ **الشافعي** ؛ فإنّ كل ما أطلقه في المسائل مقيد باستثناء

---

(١) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٩٢٨/٢ مسألة ١٨٦٣ ، ١٨٦٤ ، المعونة : ١٤٠٦/٣ ، حاشية الدسوقي : ٤/ ٣٥٥ .

(٢) في الأصل : « يوافق من ظن من لا يدق نظره » .

(٣) كذا قدرناها . (انظر صورتها) والمعنىٰ أن السؤال يندفع برعاية الإمام . . . إلخ .

(٤) الغِرار : حد السيف ونحوه (المعجم) .

(٥) حديث أبي بُرْدَة بن نيار الأنصاري متفق عليه (البخاري : الحدود ، باب كم التعزير والأدب ، ح٦٨٤٨ ، مسلم : الحدود ، باب قدر أسواط التعزير ، ح١٧٠٨) .

(٦) في الأصل : « لو بلغه » والتغيير لمجرد الإيضاح .

الخبر ، وكأنه لا يقول قولاً في واقعه إلا وهو مصرّح معه بأن الأمر كذلك إن لم يصح خبرٌ علىٰ خلافه .

١١٢٣٩ـ ثم **قال الشافعي** ، في آخر الباب : « **لا تقام الحدود في المساجد** »[(١)] وهو كما قال ، وسيأتي ، إن شاء الله ، هـٰذا وأمثاله في آداب القضاء . روىٰ معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **جنبوا مساجدكم صبيانكم ، ومجانينكم ، ورفع أصواتكم ، وإقامة حدودكم ، وسلَّ سيوفكم** »[(٢)] .

ثم عقد **الشافعي** باباً مترجماً بقتال أهل الردّة[(٣)] ، مضمونه **ثلاثة أشياء** : **أحدها** ـ أحكام الردة ، وقد مضت في باب مفرد ، **والآخر** ـ مقاتلة أهل الردة إذا اجتمعوا ، وقد مضىٰ هـٰذا في أثناء قتال أهل البغي ، **والثالث** ـ يحثّ على البداية بهم ، وهـٰذا بيّن ، وليس علىٰ هـٰذا الإطلاق ، فقد يطأ الكفار طرفاً من [بلاد][(٤)] الإسلام ، ولو لم نَطِر إليهم ، لخفنا فتقاً لا يُرقع ، فلتقع البداية بالأهم .

* * *

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٧٧ .

(٢) حديث « جنبوا مساجدكم صبيانكم. . . » رواه ابن ماجه ، والبيهقي وضعفه ، كما ضعفه الحافظ في التلخيص (ر . ابن ماجه : المساجد والجماعات ، باب ما يكره في المساجد ، ح٧٥٠ ، البيهقي : ١٠/ ١٠٣ ، ضعيف ابن ماجه للألباني ح ١٦٤) .

(٣) ر. المختصر : ٥/ ١٧٧ .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

باب
صول الفحل

قال الشافعي رضي الله عنه : « إذا طلب الفحل رجلاً . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٢٤٠- البهيمة إذا صالت علىٰ إنسان ، وعلم المصول عليه أنها لا تدفع إلا بما يهلكها ، ويأتي عليها ، دفَعَها ، واقتصر علىٰ مقدار الحاجة في دفعها ، فإن كانت/[لاتدفع][٢] إلا بما يقتل ، قتلها ، وكانت هدراً غير مضمونة ، خلافاً لأبي حنيفة[٣] . ش ١١٩

وكذلك إذا صال آدمي علىٰ إنسان ، فإنه يتولىٰ دفعه بالأيسر فالأيسر ، فلو لم يتأت الدفع إلا بالقتل ، قَتَل ، ولا ضمان . واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في صيال الصبي والمجنون . فقال في رواية : لو أهلكهما في الدفع ، كانا مضمونين ، وقال في رواية : لا ضمان على الدافع ؛ لأن فعلهما لو تم ، لتعلّق الضمان به . بخلاف فعل البهيمة .

ومعتمدنا في المذهب أن البهيمة بصيالها صارت مستحقَّةَ القتل بصيالها ، فقامت مقام السبع الضاري ، والكلب العقور .

ولو اضطر في المخمصة ، واقتضت الضرورة إتلافَ بهيمة الغير ، والأكلِ منها ، فالإهلاك سائغ ، بل واجبٌ لإحياء المهجة ، وضمانُ البهيمة واجب على المضطر ، فإن البهيمة لم تتصف بما يسلّط علىٰ إهلاكها ، بخلاف الصائلة .

ولو رَبَضت بهيمة علىٰ باب بيت فيه زادٌ لإنسان ، وقد ظهرت الحاجة ، ومست

---

(١) ر . مختصر المزني : ٥/ ١٧٨ .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٢٥٨ ، مختصر اختلاف العلماء : ٥/ ٢١٠ مسألة ٢٣٠٨ ، رؤوس المسائل : ٥٠٦ مسألة ٣٦٧ ، إيثار الإنصاف : ٤٠٠ ، طريقة الخلاف : ٤٩٣ مسألة ١٩٧) .

الضرورة ، ولا وصول إلى البيت إلا بإتلاف البهيمة ، فلا شك أنه يُتلفها ، وفي ضمانها وجهان : **أحدهما** ـ أنه يجب كما لو أتلفها للمخمصة ، وأكل منها . **والثاني** ـ لا يجب الضمان لوقوفها وربوضها على سبيله الموصل إلى الزاد .

ولو كان الإنسان في طريقه عابراً ، وسطقت جرّةٌ أو ما في معناها في ملك إنسان واستوت على [رأسه][١] ، ولو لم يكسرها ، لأهلكته أو خيف عليه منها[٢] ، فإذا كسرها ، **فللأئمة** أصلان في ذلك ، فقال **قائلون** : كسرها بمثابة قتل البهيمة الصائلة ، وقال **آخرون** : يجب الضمان ، وإن ساغ الكسر ؛ لأنه لا اختيار لهـٰذا الساقط على سمت رأسه . ولاختيار الحيوان أحكام لا تُنكر .

١١٢٤١ـ ثم تكلم **الأئمة** فيما يجب من الدفع ، وفيما يسوغ ، فنستتم ذلك ، ثم نخوض بعده في إيضاح تدريج الدفع ، فنقول : إذا قصدته بهيمةُ إنسانٍ ، وصالت عليه ، وجب عليه دفعها ، وإن كان الدفع يأتي عليها ، ولا يجوز أن يستسلم للتهلكة ، ولا [بُعدَ][٣] في هـٰذا ، ونحن نوجب قتل البهيمة الضارية بالإهلاك ، وإن لم تكن صائلة في وقتها ، لقطع توقع الصيال منها .

ولو صال مرتد أو/ حربيّ على مسلم ، لم يحلّ له أن يستسلم ، ويؤثر الهلكة ؛ فإنه لا حرمة للصائل ، والاستسلام لهما ذلٌّ في الدين . ١٢٠ ي

١١٢٤٢ـ ولو كان الصائل رجلاً مسلماً محقون الدم ، فهل يجوز الاستسلام للهلكة ؟ وكيف السبيل فيه ؟ اختلف النص ، وحاصل المذهب في أصل التمهيد **قولان** : **أحدهما** ـ أن الاستسلام غير جائز ؛ فإن المهجة المصول عليها محترمة ، والشخص الصائل ظالم ساقط الحرمة ، فيجب إيثار الذب عن المهجة المحترمة ، ولا يسوغ بذلها لشخص ساقط الحرمة .

---

(١) في الأصل : « رأسها » . والمثبت من المحقق رعاية للسياق .

(٢) صورة المسألة أن تهوي جرة مملوكة لإنسان من ملكه لسببٍ ما ، وتهوي مسامتة لرأس إنسان ، فهل له أن يعاجلها ، ويكسرها قبل أن تصل رأسه .

(٣) في هـٰذا أي في الحكم بوجوب الدفع وعدم الاستسلام .

والقول الثاني - يجوز الاستسلام ، ومعتمده الأخبار الصحيحة ، ومنها ما روي عن حذيفةَ بنِ اليمان : « **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وصف ما سيكون من الفتن ، فقال حذيفة : يا رسول الله لو أدركني ذلك الزمان ، فقال : ادخل بيتك ، واخمل ذكرك ، فقال : أرأيت لو دخل بيتي ؟ فقال : إذا راعك بريق السيف ، فاستر وجهك ، وكن عبد الله المقتول ، ولا تكن عبد الله القاتل** »[(١)] . وفي بعض الأخبار : « **ولأن تكن خير ابني آدم** »[(٢)] عَنَىٰ صلى الله عليه وسلم **قابيل وهابيل** . وصح عن عثمان رضي الله عنه : « **أنه استسلم يوم الدار ، وقال : لا أحب أن يراق فيّ مِحْجَمة دم** » ، وكان معه في الدار أربعمائة من الغلمان الشاكين السلاح ، فقال : « **من ألقىٰ سلاحه ، فهو حرّ** »[(٣)] .

فإذاً لاح في الدفع وإن أفضىٰ إلى القتل ، وفي الاستسلام **قولان** : **أحدهما** - أنه محرّم ، **والثاني** - غير محرّم .

ثم اختلف **أصحابنا** في تأويل هٰذا القول ، **فمنهم** من قال : الاستسلام جائز ، **ومنهم** من رآه مندوباً إليه مستحباً ، وإليه إشارة الأخبار في استحسان الإيثار ، وإن أدىٰ إلىٰ هلاك المؤْثر ، وهو شِيمُ الصالحين ، ويتصوّر من أوجه ، يدل البعض منها على

---

(١) حديث « كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل » سبق تخريجه .

(٢) حديث : « كن خير ابني آدم » ، أخرج أحمد والترمذي من حديث سعد بن أبي وقاص أنه قال عند فتنة عثمان : أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إنها ستكون فتنة القاعد فيها خير من القائم » الحديث . وفيه : فإن دخل عليَّ بيتي وبسط يده إليّ ليقتلني ، قال : « كن كابن آدم » . وفي الباب من حديث ابن عمر ، رواه أحمد ، ومن حديث أبي موسىٰ ، رواه أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه ، وابن حبان (ر . المسند : ١/ ١٦٩ ، ١٨٥ ، ٤/ ٤٠٨ ، ٤١٦ ، الترمذي : الفتن ، باب ما جاء تكون فتنة القاعد فيها ، ح ٢١٩٤ ، أبو داود : الفتن والملاحم ، باب في النهي عن السعي في الفتنة ، ح ٤٢٥٩ ، ابن ماجه : الفتن ، باب التثبت في الفتنة ، ح ٣٩٦١ ، ابن حبان : ح ٥٩٣١ ، التلخيص : ح ٢١٤٦) .

(٣) حديث استسلام عثمان يوم الدار وصرفه المدافعين عنه ، وأنه قال : « من ألقىٰ سلاحه فهو حر » قال الحافظ في التلخيص : لم أجده ، وفي ابن أبي شيبة من طريق عبد الله بن عامر سمعت عثمان يقول : « إنّ أعظمكم عندي حقّاً من كفّ سلاحه ويده » (ر . ابن أبي شيبة : ١٥/ ٢٠٤ ح ١٩٥٠٧ ، التلخيص : ٤/ ١٦١ ح ٢١٥٤) .

الكل . فإذا اضطُر الرجل ، وانتهىٰ إلى المخمصة ، ومعه ما يسدّ جوعته ، وفي رفقته مضطرٌ فآثره بالطعام ، فهو حسن ، وكذلك القول في جملة الأسباب التي تتدارك بها المهج ، ولا خلاف أنه لا يحل إيثارُ بهيمةٍ ، وكيف يظن الظان هـٰذا ، ويجب قتل البهيمة لاستبقاء المهجة .

١١٢٤٣ـ ولو كان الصائل على الإنسان مجنوناً أو مراهقاً ، فمعلوم أنه لا يبوء واحدٌ منهما بالإثم ، ولو استسلم للقتل/ ، **وللأصحاب طريقان فيهما** : **منهم** من لم يجوّز الاستسلام ، ونزلهما منزلة البهيمة في هـٰذا المقام ، واستمسك بما أجرى الله تعالىٰ ذكره في قصة هابيل ؛ إذ قال عز وجلّ : ﴿ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَن تَبُوٓأَ بِإِثۡمِي وَإِثۡمِكَ ﴾[1] [المائدة : ٢٩] . ١٢٠ ش

ومن الأصحاب من أجرىٰ قولي الاستسلام في الصبي والمجنون[2] ؛ لأن المعنى المتبع في ضبط هـٰذا القول محاذرة الزيادة علىٰ قدر الحاجة في الدفع ، والصائل آدمي محترم ، وهـٰذا المعنىٰ يتحقق ، وإن كان الصائل لا يبوء بالإثم ، وأيضاً فإن للقتيل القرب من مرتبة الشهادة ، وهـٰذا المعنىٰ يجري في الصبي والمجنون إذا صالا .

١١٢٤٤ـ وأما الذميّ إذا كان هو الصائل ، فالوجه الدفع ؛ فإنه لا يجوز الاستسلام ، وإن كانت الذمة توجب حقن دمه ؛ لأنه بصياله ناقضٌ عهده ؛ فتسقط حرمته ، ويبقىٰ كافراً صائلاً علىٰ مسلم ، فإن قيل : أليس من **الأصحاب من** يقول : لا تنتقض الذمة بالقتل ؟ قلنا : ذلك وجه ضعيف ، ثم لا حرمة للذمة حالة القتال ، والصيال . وعلى الجملة الاستسلام للكافر ذُلّ .

١١٢٤٥ـ وتمام البيان في هـٰذا أنه كما يدفع الصائلَ عن نفسه كذلك يدفعه عن قريبه وحميمه ، وعن الأجنبي منه . وهل يجوز له ترك الذبّ ، أم يجب عليه أن يبذل وسعه في الدفع عن غيره ؟ فيه تردّدٌ للعلماء ، وهو من أبواب الأمر بالمعروف والنهي عن

---

(١) وجه الاستدلال بالآية : أن الصبي والمجنون لا يبوءان بالإثم ، فهما كالبهيمة من هـٰذه الناحية .

(٢) وهـٰذا الوجه هو الأشبه ، كما عبر بذلك الرافعي . (ر . الشرح الكبير : ١١/ ٣١٥) .

المنكر ، والذي اختاره **المحققون من الفقهاء** أن ذلك يجري في حق الغير مجراه في حقه ، لو كان هو المصول عليه .

ويخرج من هـٰذا وجوب الدفع عن الغير في قولٍ ، وتحريمُ [تركه][(١)] .

وعلماء الأصول اضطربوا في هـٰذا ، فذهب **المحققون منهم** إلىٰ أن هـٰذا محتوم على الولاة وأصحاب السيوف المرتصدين للذب عن الدين ، فأما آحاد الناس ، فلا يلزمهم هـٰذا ، ثم منهم من لم يجوّز شهرَ السلاح للدفع عن الغير ، ومنهم من جوّزه فلم يوجب .

وهـٰذا لا يختص [أثره][(٢)] بصول الإنسان علىٰ غيره قاصداً قتله ، فمن كان مُقْدماً علىٰ محرّم ، فيمنع منه ، فإن أبىٰ ، دُفع عنه ، فإن أتى الدفعُ عليه ، فهو على التفصيل الذي ذكرناه ، حتىٰ قيل : لو رأىٰ رجلاً يرضّ رأسَ شاة الغير/ وقدر أن يمنع ، فإن أبىٰ[(٣)] ، دُفع ، ثم الدفع لا موقف له إلا إهلاك القاصد . وكذلك لو كان يتعاطى الشرب أو غيره من المنكرات ، فالقول علىٰ ما ذكرناه .

ي ١٢١

والخارج من النظم أن السلطان لو دفع ـ [من ارتكب أو هم بارتكاب هـٰذه المآثم][(٤)] ـ دفعه بالرّد إلى الطاعة ، وأما آحاد الناس ، ففي **الفقهاء** من يسلّطه علىٰ

---

(١) في الأصل : قتله ، والمثبت من لفظ الإمام الغزالي في الوسيط . ونص عبارته بتمامها : المرتبة الثانية ـ ما يتعلق بحق الغير من أجنبي أو قريب ـ في الدفع ـ فحكمه ما سبق في الدفع عن النفس : وفي جواز ترك الذب ، أو وجوب بذل المجهود في الدفع ترددٌ للعلماء مأخذه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، واختار المحققون تنزيلَ ذلك منزلة ذبه عن نفسه ، من غير فرق ، ويخرج منه قول ـ لا محالة ـ في وجوب الذب وتحريم الترك ، وأما الأصوليون ، فإنهم قالوا : ذلك على الولاة محتوم ، لا يسعهم تركه ، ولا يجب على الآحاد قطعاً ، وميل أكثرهم إلىٰ أنه لا يجوز لهم شهر السلاح فيه أيضاً ؛ لأن ذلك يجرّ خطراً وخبلاً ، ومنهم من أباح ، ولـٰكنه لم يوجب ، ومنهم من رمز إلىٰ موافقة الفقهاء » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٤٦ شمال ، ١٤٧ يمين) .

(٢) مكان كلمة غير مقروءة بالأصل رسمت هـٰكذا : « تارة » رسماً ونقطاً .

(٣) المعنىٰ : إذا رأىٰ رجلاً يتلف مال الغير ، وقدر أن يمنعه ، منعه ، فإن أبى المتلِف دفعه بما يستطيع على التدريج المذكور في الدفع عن النفس ، حتىٰ لو وصل إلىٰ هلاكه .

(٤) ما بين المعقفين من المحقق ، ولا علاقة له بما في الأصل ، حيث استحال علينا إقامة عبارته ،

=

ذلك ، وهٰذا لا يرتضيه **الأصوليون** . إلا أن قُربَ خطر الشرب ؛ من حيث إن قصاراه لو استتمه جلدات ، فإن أمر الدفع لو صح لا يؤخذ من هٰذا المأخذ ؛ فإن الإنسان ـ كما سنذكر إن شاء الله تعالىٰ ـ يذب عن ماله ، والعبد يذبّ سيدَه عن نفسه ، وإن كان قتلُ السيد إياه غيرُ موجب ضماناً عليه في قودٍ ولا قيمة . ولٰكن تمكين الناس من السيوف يجرّ خبلاً عظيماً .

١١٢٤٦ـ فخرج من مجموع ما ذكرناه أن الإنسان يدفع عن نفسه بكل وجهٍ [والكلام][(١)] في وجوب الدفع . وهٰذه مرتبة .

والمرتبة الأخرىٰ ـ في الدفع عن الغير وهو مقصود بالقتل ، أو بفاحشة الزنا ، وهاهنا افتراق **الفقهاءِ وأربابِ الأصول** ، كما قدمناه ، وفي مسلك **الأصوليين** رمزٌ إلىٰ موافقة **الفقهاء** .

المرتبة الثالثة ـ في الدفع عن المنكرات والمحرّمات جُمَع سوىٰ ما ذكرناه ، **والأصوليون** مطبقون علىٰ أنه لا يجوز لآحاد الناس شهرُ السلاح ، وذهب **طوائف من الفقهاء** إلىٰ أنه لا مبالاة بشهر السلاح إذا اقتضت الحاجة إليه . وهٰذا نجاز القول في هٰذا الأصل .

١١٢٤٧ـ وإذا كان المصول عليه يدفع عن نفسه ، وقد قلنا : إنه لا يجوز له أن يستسلم ، فإن استمكن من الوصول إلى الخلاص بالهرب ، فقد اختلف **أصحابنا الفقهاء** في ذلك ، فذهب بعضهم إلىٰ أنه لا يجوز المكاوحة[(٢)] مع إمكان الهرب ، فإن الغرض الخلاصُ بالأهون فالأهون ، وإذا أمكن الهرب ، فلا شيء أسلم منه .

ومن أصحابنا من قال : يجوز الثبوت ، ودفع الصائل ، وهٰذا يُوجَّه بأن الصائل

= مع الاستعانة بمختصر العز بن عبد السلام ، وبسيط الغزالي ، وشرح الرافعي ، وروضة النووي . فأدينا المعنىٰ بألفاظٍ من عندنا .

وعبارة الأصل رسمت هٰكذا « لو دفع مراعمه الهام بامره . . . دفعه . . . إلخ » كذا تماماً رسماً ونقطاً . (انظر صورتها) .

(١) في الأصل : « الكلام » .

(٢) المكاوحة : المقاتلة والمدافعة (المعجم) .

يبغي إزعاجه عن مكانه ، فله ألاّ ينزع[١] ، ثم يجر ذلك الدفعَ وارتفاعَ الحرجِ فيه .
والوجهان يجريان علىٰ جواز الاستسلام أيضاً ؛ فإنا أجريناهما علىٰ تحريمه ، غير أنا إذا جوزنا الاستسلام ، فالأوجه/ وجوب الهرب حتىٰ لا يهلِك ، ولا يورّطَ صاحبه في التسبب إلى الهلاك . ش ١٢١

١١٢٤٨ـ والذي قطع به **الأئمة** ، أنه يجوز للإنسان الذبُّ عن ماله كما يذب عن مهجته . وقال **بعض الأئمة** : **للشافعي في القول القديم** أن الدفع عن المال إذا كان لا يتأتىٰ إلا بقتل القاصد أو إتلاف عضو من أعضائه ، فلا يجوز دفعه ، وهـٰذا وإن أمكن توجيهه في القياس ، فهو بعيد في الحكاية .

١١٢٤٩ـ وقد حان أن نبتدىء القولَ في تدريج الدفع . قال **الأئمة** : ينبغي أن يقع الدفع بالأهون فالأهون ، حتىٰ إن أمكن الدفع بالكلام ، فلا مَعدل عنه ، وإن أمكن الدفع بالَّلكْم ، فلا يعلو بالسوط ، ولا ينتقل عنه إلى العصا والمثقّلات . ثم بعد ذلك كله يَشْهَر السلاح .

ثم [إذا قلنا :][٢] الاقتصار على الدفع ، [فلو][٣] كان الصائل يندفع بسوطٍ ـ لو كان ـ فلم يجده المصول عليه ، ولم يشتمل إلا من[٤] سيفٍ أو سكين ، ولو حذفه بالسيف ، لقتله ، فهـٰذا فيه تردد ؛ فإن الدفع ممكن من غير قتل . هـٰذا وجه .

ويجوز أن يقال : ليس يتأتىٰ منه الدفع والحالة هـٰذه إلا بما يجد ، ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب السوط . والدليل عليه أن البصير الماهر بالسلاح يدفع صيال الصائل بوجوه لا [تأتي][٥] على الصائل ، ولا [يستمكن][٦] منها كل أحد . ثم

---

(١) ألا ينزع : أي لا يترك مكانه ، يقال : نزع عنه إذا تركه ، ونزعه عنه أخرجه منه ، وأبعده عنه . (المعجم) .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) في الأصل : « ولو » .
(٤) من بمعنىٰ (علىٰ) . وجاء علىٰ هـٰذا قوله جل وعلا : « ونصرناه من القوم الذين كذبوا بآياتنا » [سورة الأنبياء : ٧٧] .
(٥) في الأصل : يتأتىٰ . والمثبت من المحقق رعاية للمعنىٰ .
(٦) في الأصل : « يستمد » .

عدم الإحاطة بتلك الوجوه في الدفع لا يسبب ضماناً على الدافع المقتصر علىٰ ما يحسنه ، والأمر كذلك إذا لم يجد إلا آلة يعظم أثرها .

وقد تمهد ابتدار الصائل ، ووجوبُ الدفع ، وجوازُه ، ورعاية التدريج في الدفع . وألحق **الأئمة** بهـٰذا الفصل الأخير من استلب مالاً ، وولّىٰ ، فاتّبعه صاحب المال ، فإن ألقاه ، لم يتبعه ، ولو اتّبعه ، وضربه ، ضمن ، وإن تشبث بذلك المال المسلوب ، يجاذبه ، فجرّ الأمرُ مكاوحةً ، فهو قصدٌ ودفع كما ذكرناه .

فَصْلٌ

قال : « ولو عضه كان له فكُّ لِحييه . . . إلىٰ آخره »[1] .

١١٢٥٠ـ إذا عضّ رجل عضواً من إنسان ، فله أن يسلّها ، وإن كانت تندُر[2] ثناياه ، وإنما فُرض البناء علىٰ هـٰذا الفصل لورود خبرٍ فيه . وروي : « **أن رجلاً عض يدَ رجل ، فانتزعها/ فندرت ثناياه ، فارتفعت القصّةُ إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم** ١٢٢ ي **فأهدر ثنايا العاض ، وقال له : أيدع إصبعه في فيك تقضمها ، كأنه في في فحل** »[3] فإن لم يتأت منه سلُّ العضو ، فله أن يعمد[4] فكَّه بما يفكه ، حتىٰ يخلِّيه ، فإن لم يستمكن من الخلاص إلا باستعمال السلاح في العضو الجاني ، فليستعمله ، وإن كان لا يتأتى الخلاص إلا باستعمال السلاح في غير ذلك العضو مثل أن يعض العاض علىٰ قفاه ، بحيث لا تناله يداه ، ولا يجد مخلصاً إلا بوضع السكين في بطنه ، فالأصح أنه يفعل ذلك ، وإن خطر لذي خاطر أن منتهىٰ عضِّ العاض خدشٌ وإيلام ، فلا نظر إلىٰ هـٰذا ، وقد مهدنا جواز قتل من يقصد إنساناً في الدفع عنه .

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز أن يضع السلاح في غير العضو الجاني . وهـٰذا

---

(١) ر . المختصر : ١٧٨/٥ .
(٢) تندُر : تسقط . (المعجم) .
(٣) حديث « أن رجلاً عضّ يد رجل فانتزعها . . . » متفق عليه من حديث يعلى بن أمية ، ومن حديث عمران بن حصين (البخاري : الديات ، باب إذا عض رجلاً فوقعت ثناياه ، ح٦٨٩٢ ، ٦٨٩٣ . مسلم : القسامة والمحاربين ، باب الصائل علىٰ نفس الإنسان أو عضوه ، ح١٦٧٣ ، ١٦٧٤) .
(٤) يعمد : يقصد .

الوجه وإن كان مشهوراً في الحكاية ، فلا أصل له ، والذي أراه أن ينزّل فيه[١] إذا كان القصد من الجاني لا ينتهىٰ إلىٰ قتلٍ أو فساد عضو . فإن كان ينتهىٰ إلىٰ ذلك ، وكان لا يتأتىٰ تخصيص العضو الذي منه الجناية بالدفع ، فالوجه القطع بتسليط المصول عليه على الدفع الممكن ، وإن ظن ظان أن الوجه الذي حكيناه يوجب أن يخص يدَ الصائل بالدفع إذا احتوت علىٰ قبيعة[٢] السيف ، فهـٰذا خطأ في ظنه ، فإن الضرب بالسيف وإن كان صادراً من اليد ، فالتحامل مضاف إلىٰ جملة البدن ، والرِّجل تلي اليد في حاجة الإقدام ، فذلك الوجه إذاً يختص في العضو أو القبض باليد علىٰ عضوٍ ، بشرط ألا يؤدي إلى الهلاك ، أو إفساد عضو .

فَصْلٌ

قال : « ولو قتل رجل رجلاً فقال : قد وجدته على امرأتي . . . إلىٰ آخره »[٣] .

١١٢٥١ـ مضمون هـٰذا الفصل يتعلق بأمرين : **أحدهما** ـ أن من وجد رجلاً كما وصفناه ، وحاول دفعه ، فأبىٰ ، فيتعلّق هـٰذا بالدفع والصيال ، كما تمهّد ، فإن أتى الدفع عليه ، كان هدراً ، بكراً كان أو ثيباً ، هـٰذا إذا اتصل الأمر بالقصد والدفع .

فأما إذا وجده بعده ، فقتله ، فإن كان رآه علىٰ حقيقة الزنا ، وكان ثيباً ، فهو هدر ، وإن كان بكراً ، وجب القصاص على القاتل ، وإن اعترف بقتله ، وادعى/ ما ذكرناه وكان محصناً ، فإن لم يصدقه ولي القتيل ، وأمكنه أن يُثبت الزنا ببينةٍ ، فليفعل ، وإلا فالقصاص واجبٌ عليه .

ش ١٢٢

وأبو حنيفة يقول من قتل زانياً محصناً من غير إذن الإمام ، لزمه الضمان ، والمسألة مذكورة في الخلاف . وقد قيل : لما نزل قوله تعالىٰ : ﴿ لَوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ [النور : ١٣] قال سعد بن عبادة : « **أرأيت لو وجدت رجلاً مع امرأتي قَدَدْتُه بالسيف**

---

(١) ينزّل فيه : أي الصورة التي ينزل فيها هـٰذا الوجه القائل : لا يجوز أن يضع السلاح في غير العضو الجاني .

(٢) قبيعة السيف : مقبضه .

(٣) ر . مختصر المزني : ٥/ ١٧٨ .

نصفين ، قتلتموني أو تركتموني ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أتعجبون من غيرته ، والله ، لله أغير منه ، ولأجله حرّم الفواحش »[١] .

فَصْلٌ

قال : « ولو تطلع إليه رجل من ثقب ، فطعنه بعود . . . إلىٰ آخره »[٢] .

١١٢٥٢ـ إذا تطلّع رجلٌ من صِير[٣] بابٍ أو كوةٍ إلىٰ حُرَم إنسان في الدار ، ولا شبهة للناظر ، فلا شك أن الذي جاء به جناية ، وقد ثبت جواز قصد عينه ، كما سنذكره إن شاء الله تعالىٰ . فلو رمىٰ إليه بمِدْرىٰ أو حجرٍ صغير ، مثل حصا الخذف ، فأصاب عينه ، وأعماه ، كان هدراً . هـٰذا مذهب الشافعي .

والمعتمد عنده في ذلك ، ما روي : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الحجرة ، وكان بيده مِدْرىٰ يحك بها رأسه ، فتطلّع إليه رجل من صِير بابه ، وقال : لو علمت أنك تنظرني أو قال : تطرفني ، أو قال : تنتظرني ، لطعنت بها في عينك ، وإنما جعل الاستئذان لأجل البصر »[٤] ، وروي أنه كان [يخاتله النظر ، ليرمي عينه بالمدرىٰ][٥] قال الراوي : أو كأنه لا يبالي لو لم يصرف عينه أن يَطْعَن بها في عينه . وروي أنه صلى الله عليه وسلم قال : « من اطلع إلىٰ قوم بغير إذنهم ففقئوا عينه ، فلا قود ، ولا دية »[٦] . هـٰذا معتمد المذهب .

---

(١) حديث سعد بن عبادة : « أرأيت لو وجدت رجلاً مع امرأتي . . » رواه مسلم من حديث أبي هريرة (ر . مسلم : كتاب اللعان ح١٤٩٩) .

(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٧٩ .

(٣) صِير الباب : شقه عند ملتقى الرتاج والعضادة . (المعجم) .

(٤) حديث : « أن رجلاً نظر إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم من صير الباب . . » متفق عليه من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه (البخاري : الاستئذان ، باب الاستئذان من أجل البصر ، ح٦٢٤١ ، مسلم : الآداب ، باب تحريم النظر في بيت الغير ، ح٢١٥٦) .

(٥) ما بين المعقفين مكان عبارة مضطربة وألفاظ ملتبسة . والمثبت من لفظ الحديث .

(٦) رواه أحمد والنسائي وأبو داود وابن حبان والبيهقي ، من حديث أبي هريرة (ر . المسند :

=

١١٢٥٣ـ ثم الغرض من الفصل ينتجز ببيان **فصولٍ** : **منها** ـ أنا نشترط أن يكون الناظر قاصداً في نظره ، فلو وقع بصره وفاقاً ، ولم يتبين أنه جرّد قصده إلى النظر ، أو إدامتِه ، فلا يجوز قصدُ عينه .

ومنها ألا يكون صاحبُ الدار مقصّراً ، حتىٰ لو كان باب الدار مفتوحاً ، فنظر الناظر منه ، لم يجز قصدُ عينه ، فإن/ التقصير من رب الدار ، وكذلك لو كان انهدم شيء من جدار الدار ، فنظر ناظرٌ من تلك الثُّلمة ، فلا يجوز قصدُ عينه . ي ١٢٣

فأما النظر من صِير الباب ، ومن كوة يُعتاد مثلها ، فهو النظر الذي يسلّط علىٰ **قصد العين** .

ومما نعتبره ألا يكون للناظر في الدار حُرَم ، فإن كان ، فلا يجوز قصد عينه ، وإن كان لا يجوز له أن ينظر لجواز أن يكون في الدار حُرَمٌ لمالك الدار ، ولـٰكن ما له من الشبهة أسقطَ جواز قصد عينه .

واختلف **أصحابنا في صورتين** : **إحداهما** ـ أنه لو لم يكن في الدار إلا صاحب الدار ، أو رجالٌ معه ، فإذا نظر الناظر ، ففي جواز قصد عينه **وجهان** : **أحدهما** ـ لا يجوز ، ووجهه بيّن ؛ إذ لا حُرم . **والثاني** ـ يجوز ؛ فإن النظر حرام ، وإن لم يكن حُرَم ؛ إذ الرجل قد يكون منكشفاً ، وقد يريد أن يكون آمناً من الاطلاع عليه ، فينبغي أن يُحسمَ الباب ، والأحاديث المسلِّطة علىٰ جواز قصد **العين** ليست مقيَّدةً بالحُرَم . هـٰذه واحدة .

والصورة الأخرىٰ ـ أن يكون في الدار حُرَم ، ولـٰكن اتفق كونُهن متسترات ببيت أو غيره ، ولم ينته اطلاع الناظر إليهن ، فهل يجوز قصد عينه والحالة هـٰذه ؟ فعلىٰ **وجهين** ، والأظهر هاهنا الجواز ، لاشتمال الدار على الحُرم ، ولا يدري أن الاطلاع قد يتفق [وحالة التستر هـٰذه][1] .

= ٢/ ٣٨٥ ، النسائي : القسامة ، باب من اقتص وأخذ حقه دون السلطان ، ح ٤٨٦٠ ، ابن حبان : ٥٩٧٢ ، البيهقي : ٨/ ٣٣٨ ، التلخيص : ٤/ ١٦٠ ح ٢١٥٢) .

(١) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

وهٰذه الصورة إذا ضمت إلى الأولى انتظم منهما **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ جواز القصد ، **والثاني** ـ منع القصد مطلقاً ، وإن لم ينته النظر إلىٰ حرم ، **والثالث** ـ الفصل بين أن يكون في الدار حرم ، وبين ألا يكون .

١١٢٥٤ـ ثم إذا نظر الناظر حيث يجوز قصْد عينه ، فلا فرق بين أن يكون وقوفه في الشارع ، أو في سكة منسدّة ، أو يكونَ في ملكه الخالص ، يعني ملك الناظر ؛ فإن الجناية المردودة هي النظر ، والنظر إذا امتدّ لم يختلف الأمر باختلاف موقف الناظر ، ولا اعتذار له إذا ترك بصره منسرحاً إلىٰ حرم غيره ، بأن يقول : إني واقفٌ في ملكي ، فيقال : فانظر إلىٰ ملكك ، وغُضَّ/ بصرك عن حرم الناس . ١٢٣ ش

١١٢٥٥ـ ثم ما صار إليه **الأئمة** في الطرق أن النظر إذا استجمع الشرائط التي ذكرناها ، فيجوز قصدُ عين الناظر من غير تقديم إنذار ، وفي الخبر ما يدلّ علىٰ ذلك ؛ فإنا روينا أنه صلى الله عليه وسلم كان يخاتل الناظر يرمي[(١)] عينه بالمدرىٰ ؛ وفيه طرف من المعنىٰ يليق بتمهيد الأصول ، وهو أن الغرض من جواز قصد العين المنعُ من النظر ، فإذا كان المنظور إليه يقدّم النذير ، فينتحي الناظر ، ثم يعود وقد قضىٰ وطره من النظر بالنظرة الأولىٰ .

وقال **القاضي** : الذي أراه أنه ينذره ، ويزجره عن النظر أولاً ، ويجب ذلك ، فإن لم ينزجر ، قصدَ عينَه حينئذٍ . وهٰذا عند **القاضي** خارج علىٰ قياس الدفع ؛ فإنه مبني على التدريج ، والبداية بالأهون ، فالأهون .

وهٰذا الذي ذكره ، وإن كان منقاساً ، فليست المسألة مدارة على القياس ، وإنما المتبع الأخبار ، ولا تفصيل فيها ، بل في بعضها ما يدل علىٰ جواز القصد من غير تقديم إنذار كما قدّمناه .

قال **صاحب التقريب** في غير النظر : كل من قصد أمراً يسوغ دفعه عنه ، فهل يجب على المصول عليه أن يقدم إنذاره أم يبتدىء الدفعَ فعلاً ؟ من غير تقديم إنذار بالقول ؟

---

(١) في الأصل : « له من » والتصويب من نص الحديث .

قال : هٰذا عندي مخرج على استتابة المرتد، وقد ذكرنا قولين في وجوب استتابة المرتد .

وهٰذا الذي ذكره مما انفرد به ، ولا بد فيه من تفصيل . وأما **الأصحاب** ، أطلقوا[١] أقوالهم بأن الدفع إن أمكن بالقول ، فلا معدل عنه إلى الفعل ، ثم التمسك من الأفعال بالأيسر ، فالأيسر ؛ فالوجه أن نقول : [التعويل][٢] على الذي يكون تخويفاً أو زعقة على الصائل ، إن أمكن الدفع به ، فلا يجوز أن يكون في وجوب البداية به خلاف ، والذي ذكره **صاحب التقريب** هو إنذارٌ لا يكون دفعاً في نفسه ، ولٰكنه من قبيل موعظة أو ما يقرب منه ، فانتظم إذاً/ في الإنذار في غير مسألة النظر كلام **لصاحب التقريب** ، كما ذكرناه ، وإن لم نوجب الإنذار في غير النظر ، لم نوجبه في النظر ، وإن أوجبناه في غير النظر ، ففي وجوبه في النظر تردّد **للأصحاب** علىٰ ما حكينا طريقةَ **الأئمة** ، واختيار **القاضي** .

ي ١٢٤

ثم مما يليق بتمام ذلك أنا إن لم نوجب الإنذار في سائر وجوه الدفع ، فلا كلام . وإن أوجبناه ، فتَرَكَه ، وقَتَلَ الصائلَ ، ضمنه ، بترك تدريج الدفع ، وليس كما إذا أوجبنا استتابةَ المرتدّ ، فلم يستتب ، وابتدر مبتدرٌ ، فقتله ؛ فإن الضمان لا يجب ؛ من جهة أن الردة مُهدرة ، وهي واقعةٌ ، فجرّت الاستتابةَ ثَمَّ بعد الإهدار .

١١٢٥٦ـ ثم قال **الأئمة** : إذا جوزنا قصْدَ عينِ الناظر ، فيجب ألا يزاد علىٰ ما يقصد بمثله العين ، كبندقة أو حصاة خفيفة . وأما إذا رشقه المنظور إليه بنشابة ، فهٰذا قتلٌ ، وليس قصدَ عين ، ولا شك في تعلّق القود والضمانِ به . نعم . لو كان لا يتأتىٰ منه قصد عينه ، وكان لا ينزجر عن نظره ، فإنه يستغيث[٣] عليه ، ويقطع نظره عن نفسه ، فإن أبىٰ ، فحينئذٍ [يدفع عن نفسه][٤] ، ولا يتألّىٰ[٥] بأن يأتي الدفع عليه .

---

(١) جواب أما بدون الفاء ، وهو سائغ عند الكوفيين ، وعليه جرىٰ إمام الحرمين كثيراً ، كما أشرنا من قبل مراراً .

(٢) في الأصل : « القول » . والمثبت تصرف من المحقق .

(٣) يستغيث عليه : أي يطلب الغوث .

(٤) في الأصل : « يدفع عنه » .

(٥) ولا يتألّىٰ : أي لا يتحرّىٰ ويجتهد أن يقتله . (المعجم) .

١١٢٥٧ـ ولو وقف الواقف بباب دارٍ ، وكان يسترق السمع ، فلا يجوز أن يَقصِدَ أذنَه ، بخلاف ما إذا نظر ؛ فإنه في استراقه السمع ليس يطلع علىٰ عورة ، وإنما المحذور اتصال النظر بالعورات . هـٰذا ما لا يجوز غيره . وقد قطع به **القاضي** لما سئل عنه ، وفي **بعض التعاليق** عن **شيخي** تنزيل الأذن منزلة البصر .

وهـٰذا لم أسمعه ، ولست أثق بمن علّق عليه ذلك فيما زعم ، ولم أردّد هـٰذا ليعتدّ به ، ولـٰكن نبهت علىٰ غلطةٍ عظيمة للعاثر عليه حقيقة .

فَرْعٌ : ١١٢٥٨ـ إذا فتح رجل باب دار إنسان ، ودخل داره ، فلا شك أنه يُخرجه من الدار ، فإن أبىٰ ، دفعه كما يدفعه عن ماله . ثم قال **قائلون** من **أصحابنا** : له أن يقصد عينه ، لأنه متطلع ضامٌّ/ إلىٰ تطلعه هجومَه على الدار ، وقال **قائلون** : يقصد رجله ؛ لأنها المؤثرة ، وإذا غلب أثرُ عضو خُصَّ بالدفع . ١٢٤ ش

وهـٰذا عندي كلام سخيف لا أصل له ؛ فإنه دخل الدار ببدنه ، [فله][1] قصدُ جملته . فيخرج من مجموع ما ذكرناه أن الأصح قصدُ جملته ، على التدريج المقدّم ، ومن **أصحابنا** من أوجب تخصيص الدفع بالرِّجل . وهـٰذا غلط . ومن جوّز قصد العين لا يوجب الاقتصار عليه وإنما الكلام في جوازه . فمن صائر إلىٰ أنه يجوز ، ومن صائر إلىٰ أن تخصيص العين لا معنىً له بعد ما ثبت دخوله ، فهو الغالب ، وعليه التعويل .

وهكذا يجب أن ترتب المسألة .

* * *

---

(١) في الأصل : « فلو » .

باب
ضمان البهائم

قال الشافعي رحمه الله : « الضمان على البهائم وجهان. . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٢٥٩ـ مقصود الباب يحصره قسمان كما ذكره **الشافعي أحدهما ـ** القول فيما تتلفه البهائم إذا انتشرت ، وليس معها ملاكها . **والثاني ـ** الكلام فيه إذا أتلفت شيئاً ومالكها معها .

فإن لم يكن المالك معها ، وكان سيّب البهائم وانتشرت في المزارع ، وأفسدت منها ، فالذي يبتني عليه الفصل أن مالك البهيمة إذا انتسب إلى التقصير في التسييب ، ولا ينسب مالك الزرع إلى التقصير في الحفظ ، فالضمان يجب علىٰ مالك البهيمة .

هـٰذا أصل الباب .

وإن لم يكن من صاحب البهيمة تقصير في التسييب ، وكان التقصير من صاحب الزرع في ترك الصَّوْن المعتاد ، فلا ضمان .

ومعتمد الباب : « **أن ناقةً للبراء بن عازب دخلت حائطَ قومٍ ، وأفسدت زرعاً لهم ، فرُفعت القصة إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقضىٰ بأن علىٰ أرباب الأموال حفظَها بالنهار ، وعلىٰ أرباب المواشي حفظها بالليل** »[٢] . فما أتلفته البهائم

---

(١) ر . مختصر المزني : ٥/ ١٧٩ .

(٢) حديث ناقة البراء بن عازب وإتلافها الزرع. . . ، رواه مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه ، والدارقطني ، وابن حبان ، والحاكم ، والبيهقي . (ر . الموطأ : ٢/ ٨٤٧ ، ترتيب مسند الشافعي : ٢/ ١٠٧ ح ٣٥٨ ، المسند : ٥/ ٤٣٥ ، ٤٣٦ ، أبو داود : البيوع ، باب المواشي تفسد زرع القوم ، ح٣٥٧٠ ، النسائي في الكبرىٰ : العادية ، باب تضمن أهل الماشية ما أفسدت مواشيهم بالليل ، ح ٥٧٨٤ ، ابن ماجه : الأحكام ، باب الحكم فيما أفسدت المواشي ، ح ٢٣٣٢ ، الدارقطني : ٣/ ١٥٦ ، ابن حبان : ٥٩٧٦ ، الحاكم : ٢/ ٤٨ ، البيهقي : ٨/ ٣٤١ ، التلخيص : ٤/ ١٦٢ ح ٢١٥٥ .

بالليل ، فهو ضامن على أهلها : معناه فهو مضمون على أهلها . وهو كقولهم : سرٌّ كاتم . أي مكتوم .

ثم قال **الأصحاب** : إذا تمهد المقصود ، واعتضد بخبر المصطفى صلى الله عليه وسلم ، فالرجوع فيما يكون تقصيراً من كل جانبٍ إلى/ العادات ، والعادة الغالبة أن المواشي تسرح نهاراً في المراعي ، وأرباب الزرع يحفظون زرعهم بالنواطير والحفظة المترتبين . ثم إن أرباب المواشي يردّدون مواشيهم إلى مرابضها ، ولا يتركونها تنتشر ليلاً ، فإن هي انتشرت ، فالتفريط معزيٌّ[1] إلى ملاكها ، ويلزمهم الضمان ، حتى قال **الأصحاب** : إن كان العادة في بعض الأقطار على العكس من ذلك ، فكانت المواشي ترسل ليلاً لترعى ، وتربط نهاراً ، والزروع تحفظ ليلاً ، فالأمر ينعكس . والمتبع التفريط ، كما ذكرناه . هـٰذا أصل المذهب .

١٢٥ ي

وحكى **الشيخ أبو علي** قولاً : أنا نتخذ قول رسول الله صلى الله عليه وسلم مرجوعنا ، فلا نعدل عنه ، ولا ننظر إلى اختلاف عادات البلاد ، فكل ما يقع نهاراً ، فلا ضمان على ملاك البهائم ، وكل ما يقع ليلاً ، فعليهم الضمان ؛ فإن تتبع العادات عسير ، فالوجه البناء على غالبها ، وترك المبالاة بما يندر .

١١٢٦٠ـ ومما يتصل بما نحن فيه أن قائلاً لو قال : إن المواشي ، وإن كانت ترسل نهاراً ؛ فإنها لا تخلو عن راعٍ مراعٍ لها ، ولا تسيّب من غير مراقبة ، وإذا كان كذلك ، فمن يرعاها يجب أن يكلأها ، وقد تتسع المزارع حتى يعسر حفظها بالنواطير ، وحفظ المواشي بالرعاة أقربُ في حكم الاعتياد .

وهـٰذا متجه إن راعينا العادة ، والوجه فيه أن نقول : هـٰذا قول من لم يُحط بوضع الفصل ، فإنا قلنا : مضمون الباب **قسمان** : **أحدهما** ـ في بهائم مسيبة لا حافظ معها ، **والآخر** ـ فيه إذا كان معها من يكلؤها . فإذا فرض الفارض مواشٍ عليها راعٍ مالكاً كان أو أجيراً ، فلا خلاف أن ما تُتلفه يجب الضمان فيه ، على ما سنشرحه في القسم الثاني ، إن شاء الله تعالى . فإذاً هـٰذا القسم في بهائمَ لا راعي معها . فإن قيل تسييبها

(١) معزي : الفعل واوي ويائي : تقول : معزوّ ومعزي .

غير معتاد ، فليس كذلك إذاً . وقد يعتاد التسييب في المواشي الممتنعة من صغار السباع كالإبل والبقر والخيل ، وقد تسيب الأغنام حيث لا ذئاب ولا سباع ، ففي مثل/ ذلك نقول : لا تفريط على المسيب .

ش ١٢٥

فإذا اندفع السؤال يتكرر التصوير ، فلو صوّر مصوّر التسييب في الأغنام تضييعاً ، ففي هـٰذا نظر ، فإن التضييع ـ إن كان[1] ـ آيلٌ إلى الأغنام ، فلا يُعد هـٰذا عدواناً على المزارع ، ولا أُبعد أن يفصل الفاصل بين أن تتسيب في مواتٍ بعيدةً عن المزارع ، ثم يتفق انتشارها إلىٰ أطراف المزارع ، وبين أن يرسلَها في أطراف المزارع . فإن فعل ذلك من غير راعٍ ، فإنها تنتشر ، ويعد مثل ذلك تسبُّباً إلىٰ إفساد الزرع .

ومن اتخذ الخبر معتبره ، لم يلتفت علىٰ هـٰذه التفاصيل .

١١٢٦١ـ والمذهب الصحيح اتباع المعنىٰ ، وتنزيل الخبر علىٰ ما وجده رسول الله صلى الله عليه وسلم في زمانه ، وإذا كنا نتبع المعنىٰ ، فيبعد كلَّ البعد ألا ينسب أرباب المواشي إلى التفريط إذا أرسلوها في إيتاء[2] الزروع ، وتركوها غيرَ مرعية ؛ فإن هـٰذا على القطع يخالف العادة ، والوجه أن تبعد عن المزارع ، ثم قد تتسيب إذا لم تكن في مشابع ومواضع يتوقع ضياعها ، وأرباب الزرع يحفظون أطراف الزرع حتىٰ لا تنعكس عليها المواشي المسيبة .

ومما ذكره المفصلون المتبعون للمعنىٰ : أن البساتين إذا كانت عليها أغلاقها ، وأبوابها ، أو كانت الزروع في محوطات علىٰ هـٰذه الصفة ، فالعادة جارية بردّ الأبواب ، والاستيثاق بالأغلاق ، فلو ترك أربابُ البساتين الأبوابَ مفتوحةً بالليالي ، فانتشرت فيها المواشي ، فقد قال **الأصحاب** : لا ضمان ؛ تعويلاً علىٰ تفريط ملاك البساتين ، ومعنىٰ تفريطهم خروجُهم عن العادة ، وتركُهم الاحتياط مع سهولة اعتياده .

فإن قيل : فقد فرط أرباب المواشي في إرسالها أيضاً . قلنا : نعم . ولـٰكن تضييع البساتين مستقلٌّ في إسقاط الضمان ، ولا نظر بعد هـٰذا إلىٰ تفريط ملاك المواشي . ثم

---

(١) كان هنا تامة . والمعنىٰ ـ كما هو واضح ـ إن وجد التضييع .

(٢) إيتاء : من آتى الزرع إيتاءً : إذا ظهر ثمره وكثر حمله . (المعجم) .

لا تفريط في إرسال المواشي ليلاً في حق أصحاب البساتين إن جَرَوْا على الاعتياد ، حتى/ لو لم يكن إلا البساتين ، فلا تفريط في إرسال البهائم ليلاً ، وإن كان في الموضع بساتين ومزارع ضاحية[1] ، فإرسال البهائم تفريط في المزارع ، وليس تفريطاً في البساتين . وقد تمهد أصل [المذهب][2] فيما تتلفه المواشي إذا انتشرت ، ولا حافظ معها .

١٢٦ ي

١١٢٦٢ـ ونحن نضبط **القسم الثاني** ، ثم نذكر فروعاً ، فنقول : إذا كان صاحب البهيمة معها ، فالغالب فيما تتلفه البهيمةُ سبَق مفصلاً في الباب المشتمل على الأسباب المقتضية للضمان . ولـٰكنا نعيد معاقد المذهب ، فنقول : ما تتلفه البهيمة مما يُقدّر التصوّنُ عنه بالرعاية والحفظ ، ولا ينسدّ به رِفقُ[3] الطروق ، فهو مضمون . ثم قال **الأصحاب** : يضمن الراكب ما تتلفه البهيمة بيديها إذا [خبطت][4] ، وبرجليها إذا رَمَحت ورفست ، وبفمها إذا عضّت ، وقضَوْا بأنه يضمن بهـٰذه الجهات إذا كان قائدها أو سائقها [معها][5] .

وقد ضمَّنَّا ضبط المذهب قيوداً ، وفي ذكر معناها تمام الغرض ، فنقول : لا سبيل إلىٰ منع البهائم من الطروق ، ثم في طروقها فسادٌ لا سبيل إلىٰ دفعه ، ولا يمكن التحرّز منه ، فإنها تثير الغبار لا محالة ، ثم يتعلق بما يثور من الغبار ضِرار في ثياب البزّازين ، والفواكه وغيرها ، ولـٰكن ذلك محتمل ، وقد ظهر الأمر في ذلك حتى انتهىٰ إلىٰ أن هـٰذا لا يُعلم ضراراً إلا إذا رُدَّ النظر إليه[6] ، وكذلك ممشاها في الشتاء ، وكثرة الوحول والأنداء ، تطيّر رشاشاً ، لا يمكن دفعه بالتحفظ ، فذلك القدر لا ضمان فيه ؛

---

(١) ضاحية : أي ظاهرة ومكشوفة غير محوطة .
(٢) في الأصل : « المذاهب » .
(٣) رِفق الطروق : أي لا يمنع من سهولة المرور . (المعجم) .
(٤) في الأصل : « اخطت » . والمثبت من عبارة الغزالي والرافعي وغيرهما . وخبطها : ضربها بيدها .
(٥) زيادة من المحقق .
(٦) أي إذا تأمله المتأمل .

فإن في تقدير الضمان فيه منعها من الطروق ، وفي منعها [من][(١)] المرافق التي يدنو بعضها من الضرورة ما يَبَرّ[(٢)] علىٰ ضِرار رشاشها . نعم المفرط منه قد يمكن التصوّن منه ، كأن يجري علىٰ رِفْق[(٣)] ، ولا يجري علىٰ مجتمع الوحول .

وما يجرّ ضِراراً لا يمكن دفعه ، ولـٰكن مثله غير معتاد ، فإذا جرىٰ ، تعلّق الضمان به . وبيانه أن الإبل تقاد مقطّرة ، ولو تركت أرسالاً ، واستَبَقَت في الأسواق ، لخرج أمرها عن الضبط ، وإمكان/ التصوّن . ولـٰكن هـٰذا النوع لا حاجة فيه ، فسبيله أن يمنع أصلاً . ش ١٢٦

وكذلك الدابة النَّزِقَة التي لا تنضبط بالكبح والترديد في معاطف اللجام ولا يتأتىٰ ضبطها ، فلا جَرَمَ لا تركب في الأسواق ، وينسب راكبها إلى الإتلاف ؛ فإن مثل هـٰذه الدابة تركب في متسع الصحراء ، فما كان كذلك ، فلا ضرر في منعه ، فيمنع ، فإن [اتفق][(٤)] ، علَّقْنا الضمان به . [فما][(٥)] أمكن الضبط فيه إذا لم يتفق الضبطُ ، تعلّق الضمان به ، وما لا يمكن ضبطه بالتصوّن ، ولو منعنا أصله ، لانسدّت المرافق ، فذاك محتمل لا ضمان فيه . وعلىٰ صاحب الدابة بذلُ المجهود ، وعلىٰ صاحب المتاع صون المتاع .

هـٰذا ضبط هـٰذا القسم ، وقد مهدناه مطوّلاً مفصلاً فيما تقدّم . وهـٰذا الكلام الوجيز ينبّه علىٰ جميع ما تفصل .

فَرْعٌ : ١١٢٦٣ـ إذا انتشرت هِرّةٌ لإنسان ، وأهلكت طيوراً ، أو عاثت في قدورٍ ، فقلبتها ، فقد اضطرب **الأصحاب** فيه ، **فقال قائلون** : لا يتعلق الضمان بها ، فإن العادة ما جرت بربط السنانير ، وعمت العادة بحفظ الطيور والقدور وأمثالها عنها .

ومن أصحابنا من قال : يجب الضمان علىٰ صاحب الهرّة على الجملة ؛ فإنه إن

---

(١) عبارة الأصل : « وفي منعها انقطاع المرافق. . . » .
(٢) يبرّ : يزيد (المعجم) .
(٣) رِفق : أي علىٰ مهلٍ واقتصاد في السير .
(٤) في الأصل : « اتفقت » .
(٥) في الأصل : « وإن » .

عسر ربطها ، لا يعسر سدّ المنافذ حتىٰ لا تنفذ منها إلىٰ دور الجيران ، ثم الذين أوجبوا الضمان اختلفوا : **فقال قائلون** : ما تتلفه نهاراً ، فعلىٰ صاحبها الضمان ، وما تتلفه ليلاً ، فلا ضمان ؛ فإن الأشياء تحفظ عن الهرّ ليلاً ، ولا يحتاط فيها نهاراً . فإذا تقدّر التلف نهاراً ، فالتفريط غير منسوب إلىٰ أصحاب الطيور وما في معناها .

ومن أصحابنا من يعكس ذلك ، فيقول : ما تتلفه ليلاً يضمنه ربُّها ؛ فإن أكثر شرِّها وانتشارها بالليل ، إذا نام الحفظة ، والأعينُ الكالئة ، فينبغي أن يحتاط ربها ، وما تتلفه نهاراً ، فالتفريط فيه علىٰ ملاك الطيور ؛ من حيث غفلوا عن مراقبتها .

وما ذكرناه في هرّة لا تعهد ضارية ، فأما إذا ضَرِيتْ بالإفساد ، وقتل الطيور ، فأول/ ما نذكره فيها أنها إن كانت لم تقتل ، وإن كانت مسيبة ، فقد قال **القفال** : لا تُقتل أيضاً ؛ فإن الاحتراس ، والاحتراز منها ممكن ، فتُدفع ، فإن أتى الدفعُ عليها ، فلا حرج . ١٢٧ ي

وقال **القاضي** : إذا ظهرت ضراوتها ، وبان شرها في إهلاك الأموال والطيور ، فيجوز قتلها كما يقتل الكلب العقور . ثم قال : لا يختص جواز قتلها بوقت ظهور شرها ، بدليل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « **أمر بقتل الفواسق في الحل والحرم** »(١) ، ولم يخصص بوقت بدوّ شرها ، وشرُّها في الأموال أو في البهائم ، فإن مما أُمر بقتله الغراب والحدأة ، وإن كان شرهما في ضِرارٍ وفي أمور تتعلق بالمعايش .

وهـٰذا متجه ، فإن اتفقت ضراوة الهرّة ، التحقت بالمؤذيات ، [فمساق](٢) هـٰذا الكلام يتضمن جواز قتلها ، وإن كانت ربيطة . وليت شعري ماذا نقول في الحدأة المَصِيدة التي اختص بها من اصطادها ، وهي في قفصه أو رباطه ، فهل يحلّ قتلها ؟ الحديثُ يقتضي جوازَ قتلها ، ولا يجري الملك فيها ، كما لا يجري الملك في الحشرات ، ولا يحلّ إذاً علىٰ هـٰذا اقتناؤها ، بل علىٰ من يستمكن منها أن يقتلَها . وإن

---

(١) حديث « أمر بقتل الفواسق في الحلّ والحرم » متفق عليه من حديث عائشة (ر . البخاري : جزاء الصيد ، باب ما يقتل المحرم من الدواب ، ح١٨٢٩ . مسلم : الحج ، باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم ، ح١١٩٨) .

(٢) في الأصل : ومساق .

بعد هـٰذا عن فهم الناظر ضربت له اقتناء [الأسد][(١)] مثالاً ، وإن كان مربوطاً [مقيداً][(٢)] ، فكذلك المؤذيات من الحشرات ، فعلىٰ هـٰذا تقتل الهرّة ، وإن كانت ربيطة . وقد انتظم لي من كلام **الأصحاب** أن الفواسق مقتولات ؛ لأنه [لا][(٣)] يعصمها الاقتناء ، ولا أثر للاختصاص فيها ، ويلحق بها المؤذيات بطباعها ، كالأُسْد والنمور ، وما في معانيها .

١١٢٦٤ـ وما لا يؤذي بطبعه ، وفي جنسه ما يؤذي ، والمؤذي منه يقبل التأديب ، فإذا لم تكن مؤذية لم تقتل ، وإذا اتفق فيها مؤذٍ ، فإن كان عن وفاقٍ لا عن ضراوة ، فتُدفع في وقت صيالها ، ولا تُتْبع إذا أُتْلِفت ، وما ظهر منها التولّع والضراوة ، فإن كانت مسيبة ففي قتلها في غير حالة القصد كلام **للقفال والقاضي** ، وفي قتلها وهي ربيطة علىٰ مذهب **القاضي** تردّد : يجوز أن تلتحق بالفواسق ، ويجوز ألا تلتحق ، وذكر **بعض/ المصنفين** أن الكلب العقور الضاري بالعَقْر ، بمثابة الهرّة المؤذية ، في التفصيل الذي ذكرناه . وهو غير سديد ؛ فإنّ الكلب العقور إن لم يكن فيه منفعة ، فهو بمثابة الفواسق ، وإن كان فيه منفعة ، فيشبه أن يكون كالهرّة في التفاصيل ، وهي[(٤)] على الجملة أولىٰ بالقتل ؛ لأن عَقْرها ، وعدوانها عظيم . وقد يتعلق بالناس وكبار البهائم .

ش ١٢٧

فَرْعٌ : **١١٢٦٥ـ** إذا اقتضت العادة ربطَ البهائم ليلاً ، فربطها مالكها ، ولم يقصر في الاحتياط المعتاد في الرباط ، فانسلّت ، فأفلتت وانتشرت ، وأفسدت الزرع ، فالحكم فيها كالحكم في الدابة المركوبة إذا حرنت وانسلت [من][(٥)] عِنانها في نفارها ، وأفسدت ، وقد تقدّم ذلك في باب الاصطدام .

---

(١) زيادة من المحقق علىٰ ضوء كلام الغزالي ، ونصه « وكذلك نقول بقتل الحدأة المحبوسة في القفص ، وكأنه لا ملك في الفواسق ، ولا ينفع الاقتناء في الأسد ، والذئب ، والنمر ، ويجوز قتل الكل في الحل والحرم بكل حال » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٤٩ شمال) .

(٢) في الأصل : « مقدماً » .

(٣) زيادة من المحقق ، وهي ثابتة في عبارة الغزالي ، وفيما نقله الرافعي والنووي من عبارة الإمام .

(٤) كذا في الأصل وفي البسيط للغزالي بنفس الألفاظ ، والضمير (وهي) يعود علىٰ جمع الكلاب .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

فَرْعٌ : ١١٢٦٦ـ إذا دخلت البهيمة المزرعة ، فهيجها صاحب الزرع ، فوقعت في زرع الجار ، قال **الأئمة** : إن اقتصر علىٰ تنفيرها من زرع نفسه ، فلا ضمان عليه ، وإن اتبعها بعد الخروج من زرعه حتىٰ أوقعها في زرع الجار ، توجّه الضمان .

ولو كانت مزرعته محفوفة بمزارع الناس ، وكان لا يتأتىٰ إخراجها إلا بإدخالها مزرعة الغير ، ولم يكن طريقٌ ومسلك إلا دخول زرع الغير ، والمزرعة متصلة بالمزرعة ، فسوق الدابة ، وإخراجُها ، وإدخالها في مزرعة الغير ، وليس للإنسان أن يجعل مال غيره وقاية مال نفسه ، فإنْ فَعَلَه كان ظالماً ـ والمزارع ليست لصاحب الدابة ، حتىٰ تنتشر الظنون وتتقابل الخيالات ـ فالذي أراه أن هـٰذا الطارد المخرجَ للدابة مهلكٌ لزرع الغير علىٰ سبيل المباشرة ، وترْكُ البهيمة تنتشر سببٌ من مالكها ، والمباشرة تغلب السبب ، فعلىٰ صاحب الزرع أن يترك البهيمة ، ثم يُغرِّم صاحبَها ما تتلفه .

وينشأ من هـٰذا أن البهيمة لو انتشرت انتشاراً مضمَّناً في مزرعة إنسان ، وتمكن المالك من طردها ، فتركها حتىٰ أفسدت ، فالذي يليق بمضمون الباب أنه يطردها ، فإنّ ترك الطرد مع التمكن تضييع ، وإذا كنا/ نحط ضمان زرعه لتركه الباب مفتوحاً ؛ ١٢٨ ي من حيث إنه مضيع ، فالذي يليق بما نحن فيه أنه بترك الطرد مُضيِّع .

فإن قيل : ما بال الأروش تتعلّق برقبة العبد ، ولا تتعلق برقبة البهيمة حيث يتعلّق الضمان بفعلها ؟ قلنا : الضمان في البهيمة محالٌ علىٰ تقصير المالك ، والبهيمة كالآلة ، والعبد ملتزمٌ ذو ذمة ، وأقرب ما يؤدي منه ما يلزمه رقبتُه . فإن تُصوّر عبدٌ أعجمي يضرىٰ ضراوة السبع ، فهل يتعلق الأرش برقبته ؟ خلافٌ قدّمناه في الأصول السابقة .

فَرْعٌ : ١١٢٦٧ـ إذا وقفت الدابة ، فبالت وراثت ، فالبول منها والروث لا يتعلّق بهما ضمان في الممرّ ، وهـٰذا لا سبيل إلىٰ دفعه ، فأما إذا اتفق مزيد انتشار بسبب وقوف الدابة ، فقد قال **الأصحاب** : إن كان الطريق ضيقاً[1] ، فوَقْف الدابة عدوان ،

(١) الطريق يذكر في لغة أهل نجد ، ويؤنث في لغة الحجاز .

وما يترتب عليه يقتضي الضمان ، وإن كان الطريق واسعة ، فَوقْفُ الدابة معتاد ، ووقوفها كمشيها . وهـٰذا عندنا يلتفت علىٰ مسألة في باب الاصطدام ، وهي إذا اصطدم الماشي بالواقف ، فهل ينسب إلى الواقف عدوانٌ ؟ فيه كلام ، وما ذكرناه منزل عليه .

فَرْعٌ : ١١٢٦٨ـ إذا كان يسوق دابة عليها حطب فتخرَّق به ثوب ، فإن كان الذي تخرق ثوبه بصيراً مقابلاً ، ووجد مُنْحَرَفاً ، فلا ضمان ، فإن التقصير منه ، وإن كان مستدبراً ، فإن أعلمه سائق الدابة ، فلم يتحرز ، فلا ضمان ، وإن لم يعلمه حتىٰ تخرق ثوبه ضمن ؛ فإن الإعلام في مثل ذلك معتاد .

* * *

كتاب السِّيَر

١١٢٦٩ـ السِّيَر جمع السِّيرة[١] ، والكتاب مترجم بالسير ، فإن الأحكام المودعة فيها متلقاة من سِيَر الرسول صلى الله عليه وسلم في غزواته . والسِّير من سار يسير . والفِعلة للهيئة كالجِلسة[٢] والقِعدة ، والرِّكبة . والسنةُ : الطريقة . فأحكامُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وتمهيدُه الشرعَ شُبّه بالطريقة الموضحة ، ووقع التعبير عنها بالسيرة أخذاً من السَّيْر .

والأصل في الكتاب القرآنُ ، وسنن الرسول صلى الله عليه وسلم ، والإجماع . قال الله تعالىٰ : ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة : ٥] وقال تعالىٰ : ﴿وَٱقْتُلُوهُمْ / حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [النساء : ٨٩] وقال تعالىٰ في آية أخرىٰ ﴿حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ﴾ [البقرة : ١٩١] والآيات المشتملة على الحث علىٰ قتال المشركين كثيرة . وقال صلى الله عليه وسلم : « **أمرت أن أقاتل الناس حتىٰ يقولوا : لا إلـٰه إلا الله** »[٣] وسِيَرُه في مغازيه أصل الكتاب . ١٢٨ ش

وأجمع المسلمون علىٰ أنا مأمورون بمجاهدة الكفار ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم مأموراً بالمتاركة والاقتصار على الدعوة والصبر على الأذىٰ ، والدفع بالتي هي أحسن . والآيات الواردة في هـٰذه المعاني كثيرة ، فلما هاجر إلى المدينة ، وكثر المسلمون ، وعظمت الشوكة ، أُمرنا بالجهاد ، فشمَّر لله تعالىٰ ذبّاً عن الدين ، واستحث أصحابه علىٰ مجاهدة الكافرين ، فتتابعت الغزوات ، وكان الحرب سجالاً ينال المسلمون ، ويُنال منهم . ثم أظهر الله تعالىٰ دينه ، ونصر نبيه ، وهزم الأحزاب ، ومهّد الأسباب .

١١٢٧٠ـ وذكر **الشافعي في السِّيَر الكبير** ، المشاهيرَ من غزواته صلى الله عليه

---

(١) مثل سِدْرة وسِدَر .

(٢) في الأصل : « والجلسة » .

(٣) حديث « أمرت أن أقاتل الناس حتىٰ يقولوا لا إلـٰه إلا الله » سبق تخريجه .

وسلم ، فنذكرها تأسياً بما ذكره **الشافعي** . والحاجة تمسّ إليها لإيضاح التواريخ ، وإسناد الأخبار إليها ، وقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرواية الظاهرة **بمكة** ثلاثَ عشرةَ سنة ، فلما هاجر إلىٰ **المدينة** لم يجر في السنة الأولىٰ قتال ، وجرت في السنة الثانية **غزوة بدر** ، واتفقت في الثالثة **غزوة أحد** ، وفي السنة الرابعة اتفقت **غزوة ذات الرقاع** ، وفي السنة الخامسة **غزوة الخندق** ، وفيها قَتَل عليٌّ عمرو بنَ وُدّ ، وهزم الله الأحزاب بالريح ، وجرت في السنة السادسة **غزوة بني النضير** ، **ومُرَيْسيع** ، وفيها قصد رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة ، فصُدّ من الحُديبية . ثم في السنة السابعة جرىٰ **فتح خَيْبر** ، وعاد إلىٰ **مكة** وقضى العمرةَ ، وفي السنة الثامنة **فتح مكة** ، وسار إلىٰ **هوازن** ، واتفقت خَرْجته في السنة التاسعة إلىٰ **تبوك** ، وفيها أقر أبا بكرٍ على الحجيج ، فحج بهم .

وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا همّ بغزوة وَرَّىٰ بغيرها ، ولم يورِّ في غزوة **تبوك** ، بل باح حتىٰ يأخذ الناس أنفسهم لبعد المسافة ، واتفقت/ تلك الخَرْجة في شدة الحر ، وبالغ في استحثاث المسلمين وتحريضهم ، ونهيهم عن التثبيط ، وقيل صحبه في تلك الخَرْجة ثلاثون ألفاً ، وتخلف عنه أقوامٌ . (ي ١٢٩)

والمتخلفون ثلاث فرق : المنافقون ، والمسلمون الذين كانوا لا يجدون أهبة الخروج ، وتخلّف قادرون أيضاً استثقالاً للخروج في الحرّ . وهـٰؤلاء كانوا ثلاثة : **كعب بن مالك** ، **وهلال** بن **أمية** ، [**ومُرارة بن الربيع**][1] ، فنزل على الجملة في شأن المخلَّفين قولُه تعالىٰ : ﴿ مَا كَانَ لِأَهْلِ ٱلْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُم مِّنَ ٱلْأَعْرَابِ أَن يَتَخَلَّفُواْ عَن رَّسُولِ ٱللَّهِ . . . ﴾ الآية [التوبة : ١٢٠] ، ونزل في شأن المنافقين : ﴿ فَرِحَ ٱلْمُخَلَّفُونَ بِمَقْعَدِهِمْ خِلَٰفَ رَسُولِ ٱللَّهِ ﴾ [التوبة : ٨١] .

وأمر الله تعالىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا يُصغي إلىٰ كلامهم إذا رجع إليهم ، ولا يأذن لهم في الخروج ، فقال عز وجلّ : ﴿ فَإِن رَّجَعَكَ ٱللَّهُ إِلَىٰ طَآئِفَةٍ مِّنْهُمْ

---

(١) في الأصل : وأبو لبابة . والتصويب من كتب السيرة ، وحديث الثلاثة المخلفين متفق عليه ، ولم يذكر أحد أبا لبابة فيهم . وتابع الغزالي شيخه في البسيط فجعل أبا لبابة الثالث مكان مرارة بن الربيع .

﴿فَٱسْتَـْٔذَنُوكَ لِلْخُرُوجِ . . .﴾ الآية [التوبة : ٨٣] فقال المنافقون : إن محمداً يجرّنا ويحرمنا الغنائم ، فنزل قوله تعالىٰ : ﴿سَيَقُولُ ٱلْمُخَلَّفُونَ إِذَا ٱنطَلَقْتُمْ . . .﴾ الآية [الفتح : ١٥] ونزل في شأن الثلاثة الذين تخلفوا مع القدرة ووجود الأُهبة : ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَسْتَـْٔذِنُونَكَ وَهُمْ أَغْنِيَآءُ . . .﴾ الآية [التوبة : ٩٣] ولما رجع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة لم يعتذروا خجلاً واستحياءً ، وربطوا أنفسهم علىٰ سواري المسجد ، وقالوا : « **لا نَحُلُّ نفوسنا حتىٰ يَحُلَّنا رسول الله صلى الله عليه وسلم** » وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **لا أَحُلُّهم حتىٰ يَحُلَّهم الله عز وجلّ** »[1] ؛ فنزل قوله تعالىٰ : ﴿لَقَد تَّابَ ٱللَّهُ عَلَى ٱلنَّبِيِّ . . .﴾ إلىٰ قوله تعالىٰ ﴿وَعَلَى ٱلثَّلَـٰثَةِ ٱلَّذِينَ خُلِّفُوا۟﴾ [التوبة : ١١٧ ، ١١٨] ونزل في بيان العاجز عن الخروج قوله تعالىٰ : ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ . . .﴾ الآية [التوبة : ٩١] وقوله تعالىٰ : ﴿وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ إِذَا مَآ أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ . . .﴾ الآية [التوبة : ٩٢] .

وحج رسول الله صلى الله عليه وسلم في السنة العاشرة **حجةَ الوداع** ، وفيها نزلت آية التكميل ، وعاش صلى الله عليه وسلم بعد أن قضىٰ حجه اثنين وثمانين يوماً ، واتفقت له غزوات ليست من المشاهير ، وهي مذكورة في المغازي .

ثم إن **الشافعي** أكد في صدر الكتاب طرفاً من أحكام الهجرة ، والرأي ألا نخوض فيها ؛ فإنها ستأتي مجموعة في باب بعد هـٰذا ، إن شاء الله تعالىٰ ، وذكر من لا يكون من أهل فرض الكفاية في الجهاد ، ورأيت/ هـٰذا الفصلَ لائقاً بالباب الذي يلي هـٰذا الباب ؛ فأخرته إليه . ١٢٩ ش

* * *

(١) هـٰذه الآية التي أشار إليها الإمام قبلاً وهـٰذا الحديث ليسا في الثلاثة الذين خُلفوا ، فلم يكن منهم ربطٌ في سواري المسجد . وإنما كان الربط من أبي لبابة رضي الله عنه ، واختلف في شأن هـٰذا القصة ، هل كان وحده أم ربط آخرون أنفسهم معه علىٰ خمسة أقوال ، كما اختلف في شأن الواقعة هل كانت في غزوة تبوك أم في بني قريظة . (ر . تفسير الطبري ـ طبعة الشيخ محمود شاكر : ١٤/ ٤٤٦ـ٤٥٢ ، الدر المنثور : ٢/ ٤٨٧ـ٤٨٩ ، دلائل النبوة للبيهقي : ٥/ ٢٧٠ ، الذهب المسبوك في تحقيق روايات غزوة تبوك لعبد القادر حبيب الله السندي : ١١٢ـ١٢٣) .

باب
من له عذرٌ بالضعف والضرورة

١١٢٧١ـ الجهاد ينقسم فيقع فرضاً على الكفاية ، وقد يتعين ، وجرت منا إحالات علىٰ هـٰذا الكتاب في إيضاح فروض الكفايات ، ولا بدّ من الوفاء بالمواعيد [ببسطه ، ولو بسط ؛][١] فإنه من أعظم أركان الإيالة . ولـٰكنا نذكر معاقدها ومأخذها ، وننبه بذكر جُملها علىٰ تفاصيلها ، ومعظم مسائلها مفرّقة في الكتب . والغرض المطلوب هاهنا التعرضُ للجوامع .

فنقول والله المستعان : المنشأ الكلي به للفرائض الثابتة على الكفاية أن الله تعالىٰ فطر الدنيا داراً ، وأجرىٰ فيها ابتلاءً وامتحاناً واختباراً ، وأسكنها آدم وذريته عُمَّاراً ، وأراد إبقاءهم إلى انقضاء عمر الدنيا ، فقدر أرزاقهم ، وقيض لها ملكاً دوّاراً وسحاباً [مدراراً][٢] ، وقدّرْ أرزاق الخلائق علىٰ ما شاء وأراد ، وأثبت الشرائع تكاليفَ على العقلاء ، ولولاها لتهالكت[٣] الناس ، وتعطلت [الأرزاق][٤] ، علىٰ ما أوضحنا ذلك في مفتتح الكتاب ، ثم تنشَّأت في قاعدة التكاليف فروضُ الكفايات في الأمور الكلية المتعلقة بمصالح الدين والدنيا ، فأما ما ينشأ من أصل الدين ، فالقيام بإدامة فرض دعوتين : حجاجية وقهرية ، فأما الحجاجية ، فعمادها العلم ، والقهرية هي الجهاد في سبيل الله تعالىٰ .

وأما ما يتعلق بالمعاش ومصالحها[٥] ، فقد قيض الله تعالى الأسباب وألهم الخلائق ما يستصلحون به معايشهم في الحراثة والبيع والشراء ، وما في معانيها وجبل النفوسَ

---

(١) في الأصل : « ببسط لو بسط » .
(٢) في الأصل : « حدرارا » .
(٣) تهالكت : أي أهلك بعضهم بعضاً (صيغة تفاعل من هلك) .
(٤) في الأصل : (الارا) كذا تماماً .
(٥) ومصالحها : أي الدنيا .

على التشوف إليها ، حتىٰ لم [يحوَج][(١)] حملةُ الشريعة على استحثاث [أهل][(٢)] الدنيا علىٰ عمارتها ، وتهيئة ما فيها من أسباب المكاسب . وقال **المحققون** : لو فرض انكفاف الخلق عنها ، لحَرِجوا من حيث إنهم يكونون ساعين في إهلاك أنفسهم .

والمناكح من الأمور الكلية ، وبها بقاء النوع ، فلا حاجة إلى الاستحثاث عليها ؛ فإن النفوس مجبولة على التشوف/ إليها . ١٣٠ ي

١١٢٧٢- ثم إذا تبين أصل الغرض في الدعوتين[(٣)] ، فبعدهما أمور كلية تتعلق بالإدامة والإبقاء ، وهـٰذا ينقسم : إلىٰ **مصالح الأبدان** ، وإلىٰ **مصالح الأديان** .

فأما مصالح الأديان بعد ظهور الإسلام في الخِطة ، فيتبعها فنٌّ يترجم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهو كتابٌ برأسه لم يهتم به **الفقهاء** ، وبسَطَ مضمونَه **الأصوليون** ، والحاوي لمقاصد هـٰذا الكتاب[(٤)] : **الأمر بواجبات الشرع ، والنهي عن محرّماته** . وذلك شطران : يتعلق أحدهما بالولاية ، وهي الأمور القهرية ، وأحكام الإمامة . ولا نطمع في الوفاء بها .

والشطر الآخر هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من غير مكاوحة وشهر سلاح ، فهـٰذا على الناس كافة ، إذا علموا صدَرَ[(٥)] أقوالهم عن ثبت ، ولا يشترط أن يكون القائم بذلك مجتهداً ؛ إذ يتعلق بالولاة أمر العلماء ونهيهم[(٦)] ، وإذا زاغوا ،

---

(١) في الأصل : « يحرج » .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

ومعنى العبارة : أن الله فطر العباد على التشوف للتملك ، والكسب ، وإصلاح المعايش ، فلم يَحْتج علماء الشريعة وحملتها إلىٰ جهدٍ في حث أهل الدنيا علىٰ عمارتها ، والسعي في ابتكاراتهم وسائل وطرق الارتزاق والمكاسب ، فكان في هـٰذا الاستحثاث الفطري مندوحة عن فرض ذلك وإيجابه عينياً : أي فرض عين ، فكان من فروض الكفايات .

(٣) الدعوتين : المراد ما يتعلق بمصالح الدين ، ومصالح الدنيا ، وليس الدعوتين المشار إليهما آنفاً : الدعوة الحجاجية ، والدعوة القهرية .

(٤) أي كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

(٥) صدر : أي صدور ، كما أشرنا مراراً من قبل .

(٦) المعنىٰ أن العلماء يأمرون الولاة ، وينهونهم ، ويبيّنون لهم ، وهم يرتسمون أمر العلماء في =

أقام العلماء أَوَدَهم[١] . فهٰذا ما يتعلّق بالأديان .

١١٢٧٣ـ وما يتعلّق بالأبدان سترُ العراة وإطعام الجائعين ، وكفُّ الأذىٰ عن [المغبونين][٢] ، وإغاثة المستغيثين ، فكل ما ينتهي إلى الضرورة ، ففرضٌ على الكافة القيام به .

ثم اختلف أرباب الأموال فيما فوق سدّ الضرورة إلىٰ تمام الكفاية التي يجب نفقته علىٰ من يلتزم النفقة . فقال قائلون : يتحتم الكفاية [في][٣] ذلك حتىٰ لا يبقىٰ ذو حاجة . وقال آخرون : المفروض على الكفاية إزالة الضرورة ، وما ذكرناه[٤] بعد تفريق الصدقات على المستحقين ، وبعد أن يشغُر بيتُ المال عن السهم المُرْصد للمصالح العامة ، فإذ ذاك يثبت فرضُ الكفاية علىٰ أصحاب الثروة والمقدرة .

ثم ألحق الشرع احترام الأبدان بعد الموت برعايتها في الحياة ، فأوجب ـ على الكفاية ـ التجهيزَ ، والمواراة علىٰ هيئة الاحترام ، ثم ثبت بالشرع ـ غير مستندٍ إلىٰ هٰذه[٥] ـ الأمرُ بالغُسل والصلاة ، فليسا من شرائط الحرمات الحالّة محلّ ضرورات الأحياء ، ولٰكن المتبع الشرعُ .

[وما يؤدي إلىٰ شهر السلاح ـ إذا تعاطاه من يأمر بالمعروف وينهىٰ عن المنكر ، فلا ينتصب له إلا الإمام ، ثم الذين يلونه من جهته ، يلتحقون بالتشمير في الأمر بالمعروف][٦] .

= أمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر ، فليس إذاً من شرط الآمر بالمعروف الناهي عن المنكر أن يكون مجتهداً .

(١) أَوَدَهم : أي اعوجاجهم .

(٢) في الأصل : المغرين . والمثبت من المحقق .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) وما ذكرناه أي من فرض إزالة الضرورة ، أو تمام الكفاية ، يكون بعد انتهاء السهم المرصد للمصالح العامة في بيت المال .

(٥) غير مستندٍ إلىٰ هٰذه : المعنىٰ : أن غسل الميت ، وتكفينه ، والصلاة عليه ثبت بالشرع ، ولم يثبت مستنِداً إلىٰ هٰذه الكليات التي نسند إليها فروض الكفايات .

(٦) ما بين المعقفين صياغة كاملة مستوحاة من كلام الغزالي في البسيط ، وهي مغايرة لعبارة الأصل =

والقيامُ بتحمل الشهادة وإقامتها من فروض الكفايات ، وهو متعلق بمعاونة القضاة في الإنصاف/ وطلب الانتصاف ، وله تعلّق بإصلاح المعايش[١] . ١٣٠ ش

١١٢٧٤ـ ثم ثبت في الشرع شعائر ظاهرة ، ولو فُرض ارتفاعها ، لشاع منها انطواء الصدور على استهانة . وهي منقسمة إلىٰ ما هو من فروض الكفايات ، وإلىٰ ما اختلف العلماء فيه ، فأما ما يلتحق بفروض الكفايات ، ممّا يقع قبيلُه فرضَ عين ـ [وألحقه][٢] الأئمة بهـٰذا ـ إحياءُ الحَرَم في السنة بالحج . وأما ما اختلف العلماء فيه ، فكالتأذين ، والجماعات للصلوات في غير يوم الجمعة ، وكل هـٰذا مذكور على الاستقصاء في أماكنها .

١١٢٧٥ـ ثم ثبت فرضٌ على الكفاية لا تضبطه الكليات التي أشرنا إليها ، ولـٰكنه متلقىٰ من إجماع **الفقهاء** ، وهو ردّ السلام ، وقد جرىٰ رسم **الفقهاء** باستقصاء القول في هـٰذا الكتاب .

ونحن نتأسىٰ بهم هاهنا . فنذكر أولاً بعد ذكر هـٰذه الجوامع حقيقةَ فروض الكفايات ، ثم ننعطف عليها ، ونلقُط منها ما نرى استقصاءَ القول فيه للإيفاء بهـٰذا الكتاب ، وهي : الجهادُ ، وطرفٌ [صالح][٣] من تعلم العلوم ، واستقصاء القول في السلام وردّ الجواب ، فأما باقي الفروض ، فمنقسمة ، بعضها مستقصاة ، وبعضها شطره فيما يأتي ، إن شاء الله عز وجل .

١١٢٧٦ـ فنقول : فرض الكفاية كما نبهنا عليه ، يتعلّق بالأمور الكلية ، وغرضُ الشارع تحصيله في عينه ، وفرض العين يتعلق بالشخص المتعيَّن له ، والغرض تكليفه

= التي رأيناها غير مستقيمة ، وقدرنا بها سقطاً ، وهي : « وانتصاب الولاة والإمام أولاً ثم الذين يلونه من جهته ملتحق بالتشمير الأمر بالمعروف والقيام بتحمل الشهادة. . . إلخ » . (وانظر البسيط : ٥/ ورقة : ١٥١ يمين وشمال) .

(١) عبر الغزالي عن ذلك ، فقال : إن تحمل الشهادة وإقامتها مركب منهما ، أي مما يتعلق بالدين وما يتعلق بالدنيا .

(٢) في الأصل : « ألحق » .

(٣) في الأصل : « مصالح » .

به ، فالمعين معني بالفرض ، وفرض الكفاية معني بالتحصيل . ثم إذا قام به من فيه كفاية ، سقط الفرض عن الكافة ، فإن تعطل حَرِج بتعطيله المطالبون به ، والقول في ذلك يطول ، ولـٰكنا نذكر مقداراً مقنعاً ، فلا تعويل علىٰ قول من يتكلم بما لا يحيط بحقيقته .

فنقول : إذا تعطل فرض كفاية في قُطْر حَرِج أهلُ الخِطة ، وليس هـٰذا مذهباً لذي مذهب ، ولـٰكني ذكرت ما يتفاوض به الأغبياء ، حتىٰ أعقبه بذكر الحق ، فإذا عُطِّل فرضٌ من فروض الكفاية ، حَرِج بتعطيله المطالَبون بالبحث عنه ، فينال الحرج الخبير[1] ، ثم يتعدىٰ منه ؛ من جهة ترك البحث إلىٰ أهل الحارة ، ويختلف هـٰذا بكبر البلدة ، وصغرها ، وإذا بلغ تعطيل فروض الكفايات مبلغاً تتقاذف السمعة بها إلى البلاد ، فعليهم أن يسعَوْا في التدارك . فإن لم يفعلوا/ نالهم الحرج ، وهـٰكذا على التدريج الذي ذكرناه إلىٰ أن يعم الخِطة ، ولا يتحقق هـٰذا بفرض وفروضٍ معدودة . وحقُّنا الاقتصارُ على التنبيه .

ي ١٣١

١١٢٧٧ـ ثم قال المستقلّون بالعلوم الكلية : ينبغي أن يكون أرباب القيام بفروض الكفاية على التبادر إليها ، لا على التواكل فيها ؛ فإن ذلك يجرّ التعطيل لا محالة .

ومما لا نجد بُدّاً من ذكره في ذلك أنه لو قام بفرضٍ جمعٌ ، والفرض كان يسقط ببعضهم ، فلكلّهم مقام القيام بالفرض ، فإنهم اشتركوا أولاً في الصلاح لها ، ويشتركون آخراً في الحرج لو تعطل على التدريج الذي ذكرناه ، فإذا لابسوه ، لم يكن البعض منهم أولىٰ بالاتصاف بإقامة الفرض . نعم ، وقد تعرض مسائل فقهية مرّت مستقصاة في مواضعها ، ونحن لا نكتفي بالإشارة إليها :

منها أنه لو صلىٰ على الميت جمعٌ وقَضوا الصلاة ، ثم صلىٰ جمع آخر ، فإذا لم نمنع ذلك ، فالوجه أن نجعلهم بمثابة المقارنين الأولين في الصلاة ؛ فإن التنفل بصلاة

---

(١) كذا قرأناها على استكراه . وهي صحيحة ـ إن شاء الله ـ فقد وجدناها في عبارة الغزالي ، إذ يقول : « فمن لا اطلاع له عليه ، وهو معذور في ترك البحث لا يحرج ، فيأثم به **الخبير** ، ويتعدىٰ منه إلىٰ أهل الحارة ممن ترك البحث » . والمعنىٰ يأثم من خبر وعرف ، ثم يليه من ترك البحث وقصّر في عدم المعرفة . (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٥١ شمال) .

الجنازة لسنا نرىٰ له أصلاً في الشرع ، وقد تقصيت هـٰذا في الجنازة ، وهـٰذا إنما يفرض في صورة نادرة ؛ فإن [إيقاع][١] الجماعة ليس مما يفرض تكريره ، وكذا ما في معناه .

وعلينا أحكام كلية في فروض الكفايات ، ونحن نجري ما لا بد منه في الأصول التي سنلقطها ، ونخصها بالبيان ، إن شاء الله ، فهـٰذا منتهى الغرض في ذلك .

وقد حان أن نفي بالكلام في الجهاد ، ثم في العلم ، ثم نختتم الكلام بالقول في السلام .

١١٢٧٨ـ فأما القول في الجهاد ؛ فإنه يثبت فرضاً على الكفاية ، ويثبت فرضاً على الأعيان ، فأما حيث يكون فرضاً على الكفاية ، فهو إذا كان الكفار قارّين في ديارهم غيرَ متعلّقين بأطراف ديار الإسلام ، فمقاتلتهم فرض على الكفاية ، ثم قال **الفقهاء** : يتعين على الإمام أن يقيم في كل سنة قتالاً مع الكفار ، ويجب أن يُغزي إلىٰ كل صوب منهم جنداً إذا أمكن ذلك ، وزعموا أن فرض الكفاية يسقط بقتال واحدٍ في كل صوب ، كما سنفصل هـٰذا إن شاء الله ، وتمسكوا فيه بأن السنة مدّةُ الجزية ، فلا يجوز تعريتها عن الجهاد .

والمختار/ عندي [في][٢] هـٰذا مسالكُ [**الأصوليين**][٣] ، وهم لم يَرْوا التخصيص بالسَّنة ، ولـٰكن رأَوْا أن الجهاد دعوة قهرية ، فيجب إدامته علىٰ حسب الإمكان والإطاقة ، حتىٰ لا يبقىٰ إلا مسلمٌ أو مسالم ، والذي ذكره **الفقهاء** محمول علىٰ ما يجري به العادة الوسط من طرفي العجز ونهاية الإمكان ، والغالب أن الأموال والعُدد لا تواتي لأكثر من تجهيز جندٍ في كل صوب . والرجال إذا اصطلَوْا بنار القتال ، ونالوا ونيل منهم ، فلا يعودون هم ودوابّهم إلى الاستعداد التام إلا في مدة السنة ، ومجالب الأموال جارية في الغالب علىٰ هـٰذه المدة ، فالوجه تنزيل كلام **الفقهاء** علىٰ ذلك .

١٣١ ش

(١) في الأصل : « اتساع » .
(٢) سقطت من الأصل .
(٣) في الأصل : « الأصوليون » .

فأما إذا أمكنت العُدّة ، وكثر الجند ، ورغب المطّوّعة ، والكفارُ يجد الإمام منهم في أوساط السنة الغِرّةَ ، واستشعار[الفشل] (١) فلا يليق بالقواعد الكلية ، وقد تجمعت الأسبابُ تعطيل الفُرص ، وهي تمرّ مرّ السحاب ، فلا وجه إلا هـٰذا .

ثم القول في هـٰذا يتعلق بمفاتحتهم بالقتال ، وبالاحتراس عنهم ، فأما الاحتراس ، فتجب إدامته بلا فتور ، وذلك بعمارة الثغور ، وإعداد الكُراع والأسلحة ، ونصب المرابطين .

ومما يليق بما نحن فيه أن الاكتفاء بنفس الجهاد لا سبيل إليه ، ولا وفاء ببث الأجناد في جميع أطراف ديار الكفار ؛ فإن التمكن من هـٰذا عزيز الكون نادر الوجود ، ولـٰكن ينبغي أن يكون شوفُ الإمام إلىٰ أن يغزي إلىٰ كل جهة من الأجناد ما ينشر منهم النكاية أو الرعب في ذلك القطر ، وإن أمكن من استئصال شأفة الكفار في رقعة الأرض ، فليفعل ، وإن لم يتمكن من إغزاء جنود ، فليبدأ بالأهم فالأهم . هـٰذا أصل القول في ذلك .

١١٢٧٩ـ وقد اختلف **الفقهاء** في أن الجهاد هل كان متعيناً علىٰ أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم ، أم كان فرضاً على الكفاية ؟ **فقال قائلون** : كان متعيناً عليهم ، وكان النَّافرون مقيمين للغزو ، والمقيمون بالأمر حارسين/ للمدينة ، وكانت ثَغْرَ(٢) الإسلام . ي ١٣٢

وقال قائلون : تعيّن الجهاد علىٰ ذوي النجدة منهم ، لكثرة الكفار ، وقلة المهاجرين والأنصار .

وقال قائلون : كان يتعين على الذين يعينهم الرسول صلى الله عليه وسلم أن يستجيبوا .

فإن حملنا الأمر علىٰ هـٰذا الوجه على القلّة ، فلا اختصاص ؛ فإن ذلك قد يفرض

---

(١) في الأصل : « القتل » . وهو تصحيف واضح . والمعنىٰ أن يجد منهم غرة وفشلاً . أي تفرقاً وعجزاً .

(٢) ثغر الإسلام : أي عاصمة الإسلام .

في زماننا ، كما سنصفه إن شاء الله عز وجل . وإن قلنا : كان الغزو فرضاً عليهم من غير علّة ولا قلة ، فهو إذاً خاصِّيّة ، ولا يكاد يثبت هـٰذا بنقلٍ موثوق به ، ولا باستفاضةٍ تغني عن النقل . ولو عين الإمام في زماننا قوماً ، فحقٌّ عليهم أن يذعنوا ، فإنهم لو سلّوا أيديهم عن الطاعة ، لانتثر النظام ، وتزعزعت القاعدة ، فلا بد إذاً من ارتسام مراسم الإمام .

ثم إنه يرعىٰ فيهم بصفة المناوبة ، ولا يتحامل علىٰ طائفة بتكرير الإغزاء مع ترويح الآخرين وتركهم إلى الدَّعة .

فإذا تعلّق الكلام بمحض أحكام الإمامة ، فالأولى الانكفاف . وأجمع موضوع لنا في أحكام الإمامة ، مع الإيجاز والتنصيص علىٰ غوامض أحكام **الأئمة** الكتاب المترجم (**بالغياثي**) .

١١٢٨٠ـ فإذا تمهد ما ذكرناه من فروض الكفاية فإنا نذكر على الاتصال بهـٰذا المنتهى الصفات المرعية فيمن يكون من أهل هـٰذا الفرض . والكلام في ذلك يتعلّق بقسمين : **أحدهما** ـ في الصفات التي تعدّ من اللوازم ، **والثاني** ـ الكلام في الأعذار الطارئة .

فأما القول في اللوازم ، فالعبد ليس من أهل فرض الكفاية في نفسه ، وإن أمره مولاه بأن يقاتل ، فما الرأي فيه والأمرُ من المولىٰ جازم ؟ والوجه أنهم لا يلزمهم طاعته ؛ فإنهم ليسوا من أهل هـٰذا الشأن بأنفسهم ، والمِلك لا يقتضي التعرّض للهلاك ، فليس القتال من الاستخدام المستحَق للسيد على العبد المسترقّ ، ولا يجوز أن يكون في هـٰذا خلاف ، وإذا لم نوجب الدفع على المسلم المقصود[1] ، على التفصيل الذي قدّمناه **للفقهاء** ، فلا يجب على العبد أن يدفع عن سيده ، إذا كان في الدفع مُعرضاً نفسه/ للهلاك ، ولا أثر للملك في هـٰذا الباب ، ولا حظ للسيد في دم عبده ، علىٰ معنىً أن يعرضه للتلف . نعم له استصحاب عبده ليخدمه في السفر ويسوسَ الدابة ، كدأبه في الظعن والإقامة .

١٣٢ ش

---

(١) المقصود : المراد هنا المقصود بالصيال والعدوان عليه . فهو يسمى المقصود والمعتدي يسمى القاصد .

والمرأة ليست من أهل هـٰذا الشأن ، والكلام في فروض الكفاية .

والصبي غيرُ مكلف ، والمجنون كالبهيمة . وقد قال عبد الله بن عمر : « **عرضت علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربعَ عشرةَ سنة ، فردّني ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمسَ عشرةَ سنة ، فأجازني في المقاتِلة** »[١] .

والذمي لا نخاطبه بمجاهدة الكفار ، فإنه بذل الجزية لنذب عنه ، لا ليذب عنا .

فإذاً إنما يكون الشخص من أهل فرض الكفاية في الجهاد إذا كان **بالغاً عاقلاً حراً مسلماً ذكراً** . فهـٰذا قولنا في هـٰذا القسم .

١١٢٨١ـ فأما الموانع الطارئة ، فنحن نأتي عليها واحداً واحداً ، ولا نلتزم الجريان علىٰ ترتيب (**السواد**) حتىٰ يتمهد أصل الكتاب .

فمما يجب اعتباره الزاد والراحلة ، فلا يكلف الإنسان أن يمشي مجاهداً ، كما لا نكلّفه أن يمشي حاجاً ، وهـٰذا في المسافة الطويلة ، فأما إذا قرب المسافة ، فلا أثر للرَّحل فيها مع الأيْدِ والقوة ، ولا بدّ من نفقة الذهاب ، وإن كان ذا أهلٍ وعَيْلة ، فلا بدّ من إعداد النفقة لهم .

وقال **المحققون** : لا بدّ من نفقة الإياب إذا كان الرجل ذا أهلٍ وولد ، علىٰ حسب ما ذكرنا في سفر الحج ، ولا يجوز غير ذلك . فإن قيل : هلا قلتم : لا تعتبر نفقة الإياب ؛ فإن هـٰذا سفرُ الموت ، فلا ينبغي أن يبنىٰ علىٰ توطين النفس على الإياب . قلنا : لا سبيل إلىٰ إلزامه توطينَ النفس على الموت ، والأصل بقاؤه ، وهو الذي يحدّث الإنسان به نفسَه ، ولو لم يكن معه أهبة الرجوع ، لجرّ ذلك تشتتاً في الرأي ، وانكساراً في المُنّة .

وإن لم يكن له أهل ، ففي اشتراط نفقة الإياب في الحج وجهان ، وهما جاريان في سفر الغزو ، ولا يبعد ترتب الوجهين في الغزو على الوجهين في الحج ؛ من جهة أن

---

(١) حديث عبد الله بن عمر : « عرضت علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أُحد. . . » متفق عليه (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٢/ ٢٥٣ ح١٢٢٣) .

المعتمد في اشتراط نفقة الإياب في الحج الميل إلى الوطن ، وهـٰذا ضعيف في/ ١٣٣ ي أصله ، فيتناهىٰ وهاؤه في سفر الغزو .

١١٢٨٢ـ ومما يشترط في هـٰذه السفرة العُدّة والسلاح ، فإنها عتاد القتال ، وذكر **الأصحاب** فرقاً بين سفر الغزو وسفر الحج ، والقول فيه إذا كان الغزو فرضَ كفاية ، فقالوا : يشترط في وجوب سفر الحج أمن الطريق ، ولا يشترط ذلك في سفر الغزو ؛ فإن الغزاة على المخاوف مصيرهم ، ومصادمتها مقصودهم . وهـٰذا فصله **المحققون** من **الأصحاب** ، فقالوا : إن كانت المخافة من طريان طلائع الكفار ، فالأمر كذلك ، وإن كان الخوف من المسلمين المتلصصين ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنا لا نشترط زوال هـٰذا الخوف . **والثاني** ـ أنا نشترط ذلك ، فإن من تطيب نفسه بملاقاة الكفار ربما لا يطيب نفساً بملاقاة المسلمين . والصحيح الذي [إليه ميلُ][(١)] النص **والأئمة** أنا لا نشترط ذلك ؛ فإنّ قصد المتلصصة من فروض الكفايات ، ولعله أهم .

١١٢٨٣ـ ومما تجب مراعاته الديون ، فإن كان على الرجل دين حالّ ، فلا بَراح ما لم يقض الدين ، إلا أن يرضىٰ صاحبُ الدين ، ثم في ذلك نظر ، فإن أبرأه مستحق الدين ، فلا دين ، ولا نظر ، وإن لم يُسقط الدين ، ولـٰكن رضي ، فله الخروج . وهل يلتحق بأصحاب فرض الكفاية ؟ فيه احتمال وتردّد ، والأظهر أنه يلتحق بهم .

ولو كان الدين مؤجلاً عليه ، فإن أراد المسافرة إلىٰ غير الغزو ، مثل أن يريد الحج أو غيره من المآرب التي لا تُبنىٰ علىٰ مصادمة المَتالف والمَخاوف ، فليس لصاحب الدين أن يمنعه ، ولـٰكن إن أراد الخروج معه ليطالبه إذا حلّ الدين ، فليفعل علىٰ شرط ألا يُداوره مداورة الملازم ؛ فإن ذلك غير جائزٍ في الديون المؤجلة ، ولا فرق بين أن يقرب إليها الأجل أو يبعد ، ولا يعتبر ما بقي من الأجل بالأمد الذي ينتجز في مثله السفر ، وكل ذلك متفق عليه ، ولا مطالبة ولا مؤاخذة قبل الأجل .

فأما سفر الغزو ، فإنه مُخطِر ، ولو فرض القتل ، فيحلّ الدين ، والترتيب في ذلك أنه إن خلَّف هاهنا وفاء بالدين ، فلا منع ، وإن لم يخلف وفاء بالدين ، فهل لمستحق

---

(١) في الأصل : « أميل إليه النص والأئمة » .

ش ١٣٣ الدين منعُه من الخروج ؟ فعلىٰ وجهين : **أقيسهما/** ـ أنه لا يمنعه ؛ لما مهدناه من أن المطالبة لا تحل قبل حلول الأجل وإذا لم تكن مطالبة ، فلا مؤاخذة ، ولا اعتراض .

والوجه الثاني ـ أن له أن يمنعه لما أشرنا إليه ، من ابتناء السفر على المصير إلىٰ مصرع الموت . **وذكر بعض الأصحاب وجهاً** فيه إذا خلّف وفاءً أن له أن يمنعه أيضاً ، وهـٰذا علىٰ نهاية الضعف والبعد .

فينتظم **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ لا منعَ ، وهو الأصح . **والثاني** ـ له المنع من غير تفصيل ، وهو أضعف الوجوه ، **والثالث** ـ أنه إن ترك وفاءً لم يمنعه .

وقال قائلون من **أئمتنا** إذا كان من عليه الدين من المرتزقة ، فلا يمنع ؛ فإنه مترتب لهـٰذا الشأن ، بخلاف ما إذا لم يكن من المرتزقة ، وإذا ضممنا هـٰذا التفصيل إلى الأوجه التي قدمناها ، صارت **الأوجه أربعة** .

هـٰذا منتهى القول فيما يتعلّق بالديون ، وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في معركة القتال يوماً : « **من وضع سيفه في هـٰؤلاء مقبلاً غير مدبر ، حتىٰ قتل ، فله الجنة** » . **فقال بعض الأنصار ، وكانت بيده تمرات يأكلها** : « **ليس بيني وبين الجنة إلا أن يقتلني هـٰؤلاء ، ورمىٰ بالتمرات ، واخترط سيفه ، وكسّر غمده ، وانغمس في العدوّ ، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فعاد . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إلا أن يكون عليك دين ، فعاد وانغمس حتىٰ قتل** »[1] . فهـٰذا ما يتعلّق بالدين .

١١٢٨٤ ـ ومما تجب رعايته في الخروج إلى الجهاد الموصوف بكونه فرض الكفاية رضا الوالدين . قال **الشافعي** : « **وبإذن أبويه لشفقتهما** »[2] .

فنقول : إذا كان أبواه مسلمين ، لم يكن له الخروج إلى الجهاد دون إذنهما .

---

(١) حديث « من وضع سيفه في هـٰؤلاء مقبلاً غير مدبر . . . » رواه مسلم : الإمارة ، باب من قتل في سبيل الله كفرت خطاياه إلا الدين ، ح١٨٨٥ ، الترمذي : الجهاد ، باب ما جاء فيمن يستشهد وعليه دين ، ح١٧١٢ ، النسائي : الجهاد ، باب من قاتل في سبيل الله تعالىٰ وعليه دين ، ح٣١٥٧ـ٣١٦٠ ، وأحمد (٥/ ٣٠٤) .

(٢) ر . مختصر المزني : ٥/ ١٨١ .

والأصل فيه ما روي أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال : إني أريد أن أجاهد معك ، فقال صلى الله عليه وسلم : « **ألك أبوان ؟ فقال : نعم . قال : فكيف تركتهما؟ قال : تركتهما وهما يبكيان . قال: ارجع إليهما، وأضحكهما كما أبكيتهما** » وفي بعض الروايات/ : « **ففيهما فجاهد** »[1] . وهٰذا الذي ذكرناه متفق عليه، وهٰذا محتوم ليس من قبيل الاستحباب ، فلا بدّ من رضا الوالدين إن كانا مسلمين . ١٣٤ ي

فأما إذا كانا مشركين ، لم يفتقر الخروج إلى الجهاد إلىٰ إذنهما ؛ لأنه يجاهد أهل دينهما . وقد قال تعالىٰ : ﴿ وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ﴾ [لقمان : ١٥] ؛ مَنَع من طاعتهما في أصل الشرك ، وكذلك الجهاد مع أهل الشرك . وقد غزا أبو حذيفة عبدُ الله بنُ عتبة بنِ ربيعة ، مع النبي صلى الله عليه وسلم ، وأبوه كان كافراً من كبار قريش ، ولا شك أنه كره ذلك . وغزا عبد الله بنُ أبي بنِ سلول مع النبي صلى الله عليه وسلم ولا يخفىٰ كراهةُ أبيه ؛ فإنه كان يخذّلُ [الأجناد][2] ، حتىٰ خذل ثلث الجند عام أحد ، فكيف كان يرضىٰ بخروج ابنه .

هٰذا قولنا في سفر الغزو الواقع فرض كفاية ، فأما إذا استجمع الابن الأوصاف المعتبرة في استطاعة الحج ، فلا خلاف أنه يجوز له الخروج ، وإن سخط أبواه ؛ فإنه منتهض لسفرة متعينة عليه ، وليست سفرة الموت ، وإن كان وقوع الموت متوقعاً في كل نفس .

١١٢٨٥ـ فأما الخروج لطلب العلم ، فسنذكر تفصيلاً في طلب العلم ، ولٰكن ننجز هاهنا ما يتعلّق بالسفر ، حتىٰ تجري الأسفار في نظام التفصيل الذي نريده .

---

(١) حديث : « ألك أبوان ؟. . . قال : ارجع إليهما فأضحكهما كما أبكيتهما » . وفي رواية : « ففيهما فجاهد » . رواه أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه ، والحاكم (أبو داود : الجهاد ، باب في الرجل يغزو وأبواه كارهان ، ح٢٥٢٨ ، النسائي : البيعة ، باب البيعة على الهجرة ح٤١٦٨ . ابن ماجه : الجهاد ، باب الرجل يغزو وله أبوان ، ح٢٧٨٢ ، الحاكم : ٤/ ١٥٢) أما رواية : « ففيهما فجاهد » فمتفق عليها (البخاري : الجهاد والسير ، باب الجهاد بإذن الأبوين ، ح٣٠٠٤ ، مسلم : البر والصلة ، باب بر الوالدين وأنهما أحق به ، ح٢٥٤٩) . وانظر التلخيص : ٢/ ٥٥٢ ح١١١٥ ، و٤/ ١٧٢ ح٢١٧٩ ، ٢١٨٠ .

(٢) في الأصل : « الأجانب » .

فإن أراد الرجل أن يسافر لطلب العلم المتعيَّن عليه ـ كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ ـ فلا يحتاج إلى الاستئذان ، فإذا كنا لا نعلّق سفرة الحج بالإذن مع أنه يقبل التأخّر ، فسفر التعلم فيما لا بد منه أولىٰ بألاّ يفتقر إلى الإذن .

فأما الحظّ الذي يتعلّق من العلم بإفادة الغير ، وهو الترقي إلىٰ رتبة المجتهدين ، فالتفصيل فيه أنه إن كان في القطر والناحية من يستقل بالفتوىٰ ، فخروج الإنسان ليس خروجاً يندرىء به الحرج ، فإن الحرج مرفوع باستقلال مُفتي الناحية ، فهل يجوز الخروج ليكون هو من جملة المفتين أيضاً من غير إذن الوالدين ؟ فعلىٰ **وجهين** : ش ١٣٤ **أصحهما** ـ الجواز ؛ فإن الإنسان مطلقٌ لا حجر عليه ، فلو حرمنا عليه الخروج/ دون رضا الوالدين ؛ لكان ذلك مفضياً إلىٰ حبسه ومنعه من الانتشار في أرض الله تعالىٰ ، سيّما إذا كان يبغي رتبةً شريفة ، ودرجة منيفة ، والغالب أن نفوس الأبوين لا تطيب بفراق الولد .

وما ذكرناه في سفر الغزو في حكم المخصوص الذي يُتّبع فيه ولا يقاس عليه ، وفيه اختصاصٌ بالمصير إلىٰ مصرع الموت ، فيكثر لأجل ذلك تحرز الأبوين ، وهـٰذا لا يتحقق في سائر الأسفار ، هـٰذا إذا كان الخروج بحيث لا ينال من تركه حرج .

فأما إذا كان الفتوىٰ معطلة ، فالحرج ينبسط علىٰ كل متأخر عن التشمير ، فإذا ابتدر من فيه رُشد ، وهو يدرأ عن نفسه الحرج ، فلا حاجة إلىٰ استئذان الأبوين بلا خلاف ، ويلتحق هـٰذا بالعلم المتعيّن . وإن خرج أوْ همّ بالخروج أقوام ، وكان هو من الهامين بالخروج ، والفوزُ برتبة الفتوىٰ غيبٌ ، فلا يُدرىٰ من ينالها ، فالأصح أنه لا يحتاج إلى الاستئذان أيضاً ، وفيه وجه بعيد أنه لا بدّ من استئذانهما ، فإن في الناهضين كثرة ، فإذا كان هو أحدَهم ، وليس علىٰ ثقة من الفوز بالمراد ، فقد يظن الظان أن [تنجيز][1] برّ الوالدين أولىٰ .

فانتظم في العلم مراتب : **أحدها** ـ الخروج لطلب العلم المتعين ، وليس فيه اشتراط الإذن ، **والثانية** ـ الخروج لنيل رتبة الفتوىٰ ، وفي البلد من يستقل بها ، وفيه

---

(١) في الأصل : « تنجّز » .

خلاف مشهور ، والأقيس جواز الخروج من غير إذن . **والثالثة** ـ أن يتخلف الناس عن طلب العلم ، وينتهي الأمر إلىٰ لحوق الخروج [بالخروج للعلم المتعين](١) ، فلا حاجة بالخارج إلى الإذن . **والرابعة** ـ أن ينتهض للطلب منتهضون ، فمن له أبوان هل يحتاج إلى الاستئذان ؟ فيه **وجهان** : **أصحهما** ـ أنه لا يحتاج ، **والوجه الآخر** ـ ضعيف . والقول في تفصيل العلم يأتي إن شاء الله .

١١٢٨٦ـ فأما إذا أراد الإنسان الخروج لتجارة أو غيرها من الأغراض ، فقد أطلق القاضي أن الأسفار المباحة لا بد فيها من إذن الوالدين ، وهـٰذا كلام مبهم ، فلا شك أنه أراد السفر الطويل ؛ فإن الخروج للنُّزه وغيرها دون/ مسافة القصر مطلقة قطعاً ، وأما الأسفار الطويلة ، فإن كان فيها تعرّض لخوفٍ ظاهر ، فلا بد من إذن الأبوين ، كسفر الجهاد ، بل هو أولىٰ بالافتقار إلى الإذن ، لأنه ليس فرضاً على الكفاية . ١٣٥ ي

وركوب البحر فيه تفصيل قدّمته في كتاب الحج على الشرائط المعروفة فيه ، فقد يظهر إن لم نوجبه للحج ، فلا بد لراكبه من إذن أبويه ، وإن أوجبنا ركوبه لسفر الحج على الشرائط المعروفة فيه ، فقد يظهر أنه يجب اعتبار رضا الوالدين ، في السفر المباح في البحر ؛ لأن شفقتهما إذا انضمت إلىٰ ذكر أهوال البحر ، ثار منها ما يثور منهما في سفر الجهاد . والعلم عند الله تعالىٰ .

فأما الأسفار في البر والطرق آهلة ، والأمن غالب ، فالذي أراه أن ما لا يطول فيه زمان الذهاب والإياب ، وإن كان يبلغ مرحلتين وأكثر ، لا يحرم ، وما يطول فيه الأمد ، ففيه احتمال ، ويجوز أن ننظر إلى الخروج إلى المواضع التي تتواصل الرفاق إليها قاصدة [وإلىٰ](٢) ما لا يتصوّر ذلك فيه ، وهـٰذا بمثابة الخروج إلى الرّبى(٣) . هـٰذا لا يعدّ سفراً منقطعاً . والخروج إلىٰ مصرٍ انتهاضٌ إلىٰ بقعة لا يتواصل الرفاق

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : إلىٰ (بدون الواو) .

(٣) إلى الربَىٰ : أي إلى المتنزهات .

إليها ، فيكون ذلك سفراً منقطعاً ، ويقرب التحرز فيه من التحرز في سفر الجهاد ، وينضم إلىٰ هـٰذا القبيل أن السفرة ليست واجبة في نفسها .

فخرج مما ذكرناه أن السفر القصير لا يجب أن يكون فيه خلاف . والسفر الطويل المباح على التردّد في كل صورة .

وإن استبعد مستبعد وجوب استئذان الأبوين ، فإني أخشىٰ أن يكون هـٰذا من استمرار الإلف بالاستبداد بالنفس ، وحكم الدين طلبُ البر بالوالدين . قال الله تعالىٰ : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَـٰنًا . . . ﴾ الآية [الإسراء : ٢٣] وفي الآية لطيفة لا يتفطّن لها إلا موفق ، وهي أنه تعالىٰ أبان أنه لا معبود غيره ، ثم ذكر برّ الوالدين علىٰ أثر عبادته ، ونبه علىٰ أنه تِلوُ عبادته تعالىٰ ، ومن أدنىٰ آثار ذلك طلب رضا الوالدين في الأسفار المباحة . وهـٰذا منتهى الأمر في ذلك .

وليس يبعد عندي إلحاق الأجداد والجدّات بالوالدين فيما ذكرناه من اشتراط الرضا ، ولا يبعد تنزيل الأبوين الكافرين منزلة المسلمين في غير سفر الدِّين ، يعني الأسفار المباحة ، والأمور الدنياوية .

ش ١٣٥ **١١٢٨٧**ـ ومما يُرعىٰ في الجهاد الواقع فرضَ/ كفاية المعاذيرُ التي تتصف النفوس بها . قال **الشافعي** في صدر الباب : قال الله تعالىٰ : ﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ . . . ﴾ الآية [التوبة : ٩١] . وقد أبنَّا أنها نزلت في طائفة من المتخلفين عن غزوة تبوك للضعف والعجز ، وقد نزلت آيتان في سورتين ، وصيغ الكلام فيهما متقاربة ، والمقصود مختلف . قال الله تعالىٰ في سورة النور : ﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ ﴾ [النور : ٦١] وقال في سورة الفتح : ﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ ﴾ [الفتح : ١٧] .

والمراد برفع الحرج في سورة النور أنه لا حرج على الموصوفين بالعلل التي ذكرناها في مؤاكلة من ليس لهم تيك العلل ، فللأعمىٰ أن يؤاكل البصير ، وإن كان قد لا يتأتىٰ منه مراعاة الأدب في تقدير اليد وإعمالها فيما يليه ، ولا يخفىٰ أن الأدب أن يأكل الإنسان مما يليه ، وقد روي : « **أن ابن عباس كان يؤاكل رسول الله صلى الله عليه**

وسلم في صغره في جفنة فيها ثريد ، فمد يده إلىٰ ما يلي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأخذ رسول الله [يده][١] **وقبلها ، وردّها إلىٰ ما يليه ، وقال : كل مما يليك » فلما رفعت الجفنة أحضرت تُميرات ، فالتزم ابن عباس الأكل مما يليه ، فلطف به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال : « كل من حيث شئت ، فإنها غير لون »**[٢] وروي مطلقاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **لا تأكل من ذروة الطعام ؛ فإن البركة في أعلاها** »[٣] ، فلا حرج على الأعمىٰ في مؤاكلة البصير ، وفي لطف معنى الآية أمر البصير بألا يتبرّم بمؤاكلته .

ثم قال **الشافعي** : قال الله تعالىٰ : ﴿وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ﴾ ، وهـٰذا يحمل علىٰ سوء جلسة الأعرج في المؤاكلة ، وقد يتأذىٰ به من علىٰ جانبه ، فرفع الله الحرج على المعنى الذي ذكرناه ، حتىٰ لا ينزجر من به العرج ، ولا يتبرم السليم .

وقال عز من قائل : ﴿وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾ [النور : ٦١] وهـٰذا على المعنى الأول ، ثم قال تعالىٰ : ﴿وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُواْ مِنۢ بُيُوتِكُمْ﴾ [النور : ٦١] وأظهرُ مقال في ذلك : رفعُ الحرج في أكل الإنسان وحده ، وقد ورد في الأخبار : « **شر الناس من أكل**

---

(١) سقطت من الأصل .

(٢) حديث « أن ابن عباس كان يؤاكل رسول الله صلى الله عليه وسلم في صغره في جفنة فيها ثريد فمدّ يده إلىٰ ما يلي رسول الله صلى الله عليه وسلم. . . إلخ » أصل هـٰذا المعنىٰ موجود من حديث ابن أم سلمة المشهور في الصحيحين « يا غلام سم الله ، وكل بيمينك ، وكل مما يليك » . ولـٰكن بهـٰذه السياقة التي ذكرها الإمام لم نجده عن ابن عباس ، وإنما هو عن عِكراش بن ذؤيب والحديث رواه الترمذي وقال : حديث غريب ، وابن ماجه ، والطبراني في الكبير ، وقد ضعفه الألباني . (ر . اللؤلؤ والمرجان : ح١٣١٣ ، الترمذي : الأطعمة باب ما جاء في التسمية على الطعام ، ح١٨٤٨ ، ابن ماجه : الأطعمة باب الأكل مما يليك ، ضعيف ابن ماجه للألباني ، ح٧٠٥ ، الطبراني الكبير : ١٨/ ٨٢) .

(٣) حديث « لا تأكل من ذروة الطعام. . . » رواه عن ابن عباس أبو داود ، والترمذي وقال : حسن صحيح ، والنسائي في الكبرىٰ ، وابن ماجه ، وصححه الألباني (ر . أبو داود : الأطعمة ، باب في الأكل من أعلى الصحفة ، ح٣٧٧٢ ، الترمذي : الأطعمة باب ما جاء في كراهة الأكل من وسط الطعام ، ح١٨٠٥ ، النسائي في الكبرىٰ ، ح٦٧٢٩ ، ابن ماجه : الأطعمة باب النهي عن الأكل من ذروة الثريد ، ح ٣٢٧٧) .

ي١٣٦ **وحده »**[(١)] وهو مفسر بتمام الحديث ، إذ قال : « **ومنع رفده** » . ثم قال تعالىٰ/ ﴿ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ ﴾ [النور : ٦١] **فعدّ الأقارب** .

وظاهر الآية أن من أكل من طعام المسلمين إذا دخل بيوتهم ، فلا حرج . وللآية **معنيان** : **أحدهما** ـ أن يحمل الأمر فيه على العموم ، وكأن المراد كونوا كذلك ، [ولْتسمح][(٢)] نفوسكم ، فإنه سبب التداخل والتوادّ . هـٰذا وجه . **والثاني** ـ أنه تعالىٰ أراد الذين تطيب نفوسهم إذا عوملوا بذلك ، فأما من لا تطيب نفسه ، فلا يجوز ذلك معه . وذكر الله تعالى الصديق ، ومعناه يخرج على الوجهين ، روي أن سفيان بن عيينة حضر جماعةٌ من الأصدقاء داره ، وكان غائباً ، والباب مغلق ، ففتحوا الباب ، ودخلوا ووضعوا السفرة وجلسوا يأكلون ، فدخل عليهم سفيان ، فأخذ يبكي ، فقيل له : ما يبكيك ، فقال ذكرتموني صحبة أقوام مضَوْا ، وعاملتموني معاملة الصالحين ، ولست منهم . هـٰذا بيان آية المؤاكلة .

١١٢٨٨ـ وأما الآية التي في سورة الفتح ، فهي في الجهاد . قال تعالىٰ : ﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ . . . ﴾ إلىٰ آخر الآيات والمراد بالآية رفع الحرج عن هـٰؤلاء المعذورين المذكورين في سياق الآية . ونحن في الجهاد الذي يقع فرضاً على الكفاية ، فالأعمىٰ[(٣)] لا يتصدّىٰ لهـٰذا ، وكذلك الأعرج . أطلق **الأصحاب** هـٰذا تعلّقاً بظاهر القرآن ، وقال **العراقيون** : إن كان القتال علىٰ صورة الترجّل ، فالأعرج لا يندب إليه في إقامة فرض الكفاية . وإن كان القتال [ليس][(٤)] علىٰ صورة الترجل ، فإن العرج لا يؤثر في حق الفارس .

والذي صرح به **المراوزة** أنه محطوط عنه التصدّي لفرض الكفاية في الجهاد ؛ لأن الراكب قد يُحوَج في مضايق القتال إلى الترجل ، وعقرُ الدابة وعِثارها ليس من النادر ، فمن لم يكن مستقلاً إذا نزل ، فهو علىٰ غرر . هـٰذا هو القول في العرج ، وكان **شيخي**

---

(١) خبر « شر الناس من أكل وحده » لم نقف عليه .
(٢) كذا قرأناها علىٰ ضوء السياق ، وحروفها المتداخلة .
(٣) في الأصل : « فالمعنىٰ » .
(٤) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

يقول : هـٰذا في العرج البين . فأما إذا كان يغمز الرجل ، وكان به أذىٰ ظَلْع ، فلا أثر له ، وهـٰذا عندنا مضبوط بما لا يظهر له أثر في محاولة المكاوحة ، ومداراة القرب في الترجل للقتال .

ثم قال عز من قائل : ﴿وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾ والمراد من به مرض يعجزه عن الانتهاض والاستقلال بالقتال/ أو كان علىٰ حالةٍ يتأتىٰ منه القتال وجوداً ، ولـٰكنه يفضي إلىٰ أنه يعجِز أو يهلك . فإن قيل : ليلتزم القتالَ ، ثم إن مات منه ، فليكن شهيداً ، كما لو استشهد في المعترك . ١٣٦ ش

قلنا : الظاهر عندنا أنه لا يكون كذلك ، فإن مَنْ به من المرض ما وصفناه ، فالظاهر أنه في أثناء الأمر يعجِز ويقتل ذلاً[1] ويصير دريئة لرماح الكفار ، وليس للقتال منتهىٰ يضبط ، فقد يتمادىٰ ، وقد ينجلي على القرب . هـٰذا هو الذي يظهر عندنا ، والله المستعان .

وقد انتجز القول في المعاذير التي رأيناها ملتحقة بالقسم المشتمل علىٰ ما يطرأ ، وقد مضى القول فيما رأيناه معدوداً من اللوازم . وكل ما ذكرناه في الجهاد الواقع فرضاً على الكفاية .

١١٢٨٩ـ فأما القتال الموصوف بكونه فرضَ عين ، فقال **الفقهاء** في تصويره : إذا وطىء الكفار طرفاً من بلاد الإسلام ، تعين دفعهم ، وأتىٰ **نقلةُ الفقه** بتخاليط ، وأمور تشعر بقلّة الدراية ، فنَلْقَىٰ في الكتب أنه يتعين علىٰ كل من بلغه الخبر من المسلمين أن يطيروا إليهم جماعاتٍ ووحداناً ، حتىٰ ينجلوا ، وليس الأمر كذلك ، علىٰ هـٰذا الإطلاق .

ونحن نذكر المسلك الحق ونفصله ، فنقول : **أولاًـ** أما أهل تلك الناحية ، فيتعين عليهم الدفعُ إذا استولىٰ عليهم الكفار ، ثم لِما ذكرنا من الدفع معنيان لا بدّ من تصوّرهما ، والوقوف عليهما : **أحدهما** ـ التأهب للقتال إذا تمكن منه أهلُ الناحية ، وقدروا على التجمع والاستقلال ، وأخذ أُهَب القتال . هـٰذا وجه في معنى الدفع

---

(١) كذا . ولعلها : هدراً . أو هزلاً . أي بدون فائدة وعائدة على الجهاد وجيش المسلمين .

نذكره ، ونستقصي ما فيه ، إن شاء الله تعالىٰ . فإن كانوا لا يقاومون ولا يحدّثون أنفسهم بالمقاومة ما لم يتأهب معهم العبيد ، فحق عليهم أن يتأهبوا ، ولا حاجة إلىٰ مراجعة السادة ؛ فإنهم يدفعون عن الناحية ديناً ، وبهـٰذا يتبين أن العبد من أهل القتال والاشتغال به . وأما النسوان والحالة هـٰذه فإن لم يكن فيهن مُنّة ، فلا معنىٰ لتأهبهن ، ولعل حضورهن يجرّ على المقاتلة شرّاً إذا [جدّ الجدّ][1] .

ي ١٣٧ فأما إذا/ أمكن استقلال الرجال الذين هم أهل فرض الكفاية ، قبل أن يطؤوا ديارنا ، وأمكن أن يُصطلموا ، [ولا ثقة][2] بعواقب الأمور في الحروب[3] ، ولو اعتضدوا بالعبيد ، لقويت القلوب ، وعظمت المُنَّة ، ففي هـٰذه الصورة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن العبيد ينطلقون ولا يراجعون السادة ، وحقٌّ عليهم ذلك . **والثاني** ـ لا يفعلون ؛ إذ الكفاية مقدّرة في غيرهم . والعبيد ليسوا من أهل الكفاية . والكفار قارّون ، فلا يتعين عليهم القتال .

وإذا وطئوا بلادنا ، وهـٰذا فيه إذا أمكن استقلال الأحرار ، فإن لم يكن ، فالأمر علىٰ ما ذكرناه من القطع بتعين القتال عليهم .

ولو كان في نسوة أهل الناحية قوة ودفاع ، فهن كالعبيد في التفصيل الذي ذكر .

هـٰذا وجه في معنى الدفع . وحاصله يرجع إلىٰ [أنه][4] الدفع عن الناحية والانتهاض لإخراجهم من الأرض التي وطئوها .

١١٢٩٠ـ المعنى الثاني ـ أن يبغت الكفار المسلمين بحيث لا يتأتىٰ من المسلمين أن يتأهبوا ، فحقٌّ علىٰ كل من وقف عليه كافر أو كفار أن يدفع عن نفسه بأقصىٰ ما يقدر

---

(١) في الأصل : « وجد الجد » .
(٢) في الأصل : « أو لا ثقة » .
(٣) الصورة هي : أن يكون في الرجال من أهل فرض الكفاية قدرة علىٰ ردّ الكفار وردعهم ، ويكون الكفار لم يصلوا إلىٰ دار الإسلام بعد ، ولـٰكن لا ثقة بمجريات المعارك والحروب فاحتمال أن تدور الدائرة علىٰ رجالنا أهل الكفاية قائم مرتقب ، ولو خرج العبيد لقويت المنة ، فهل يخرج العبيد في هـٰذه الصورة ؟
(٤) في الأصل : « أن » .

عليه ، إذا كانوا يعلمون أنهم يُقتلون لو أُخذوا . وهٰذا يعم الأحرار والعبيد والنساء . وإن كان لا يبعد أن يؤسروا ثم [لا يتسبب][(١)] الأسر إلىٰ طلب الفكاك ، ولو أظهروا امتناعاً ، لقتلوا ، فهٰذا ركن من فصل الهزيمة علىٰ ما سيأتي ، إن شاء الله عز وجل .

والذي نذكره هاهنا أن القتل إذا كان متحققاً ، وهو مع الاستسلام ؛ فإن المكاوحة استقتال في هٰذا المقام ، وإن علمت المرأة أنها لو استسلمت ، لامتدت إليها الأيدي ، ولو بذلت جهدها في الدفع ؛ قتلت ، فيظهر أن نُلزمَها الدفعَ ؛ فإن من أكره على الزنا ، لم يحل له الإقدام إليه ليدفع القتل عن نفسه ، ويجوز أن يقال : إذا كانت غيرَ مقصودة بالفاحشة ، وإنما تظن ذلك إذا سبيت ، فلها الاستسلام في الحال في الأسر . ثم إن تمكنت من الدفع عند القصد[(٢)] ، دَفَعت .

هٰذا قولنا في أهل الناحية .

١١٢٩١ـ ومن تمام الكلام فيه أن أهل الناحية لو كان فيهم كثرة ، وكان/ في خروج البعض كفاية ، فابتدر من فيه كفاية ، فظاهر المذهب أنه يتحتم على الباقين أن يخرجوا أيضاً ، والسبب فيه أن هٰذه عظيمة من العظائم اشتد [حث][(٣)] الدين علىٰ دفعها ، فلو لم تزد علىٰ حدّ الكفاية ، لما حصل غرض الشرع ، ولكانت هٰذه الواقعة بمثابة ما لو كان الكفار قارّين في ديارهم . وإذا كان لا يطير إلى الكفار إلا أهل الكفاية ، فبالحري أن يستجرىء الكفار علىٰ دخول ديار الإسلام علماً منهم [بأنّا][(٤)] لا نلقاهم إلا بمثلهم في العدد والعدة . وهٰذا هو الظاهر .

١٣٧ ش

ومن أصحابنا من قال : إذا تلقاهم من فيه ثَمَّ كفاية ، لم يبق على الباقين أمر ، ولا يلحقهم حرج ، والغرض أن يدفعوا . وكل ما ذكرناه في أهل الناحية .

١١٢٩٢ـ فأما الذين ليسوا في تلك الناحية ، فنتكلم في الأقرب منهم فالأقرب ، ونقول : إن كان في أهل الناحية كفاية واستقلال بالقتال ، فالذين قربوا منهم ، وكانوا

---

(١) في الأصل : « لا ينسب » .
(٢) عند القصد : أي القصد بالزنا .
(٣) في الأصل : (محب) كذا وبدون نقط .
(٤) في الأصل : « بأنهم » .

دون مسافة القصر ينزلون ـ إن وجدوا الزاد ـ منزلة أهل الناحية ، إذا قام بالدفع مَنْ فيه الكفاية .

وإن لم يكن في أهل الناحية كفاية ، فيتعين على الأقربين أن يطيروا إليهم ، وإذا قلنا : إنهم بمثابة أهل الناحية ، لم نغادر من البيان المقصود شيئاً في طوارىء القوة والضعف .

فأما الذين يقعون من الناحية علىٰ مسافة القصر فصاعداً ، فإذا بلغهم الخبر ، نُظر : فإن لم يكن في أهل الناحية ، وفي الذين يلونهم كفاية ، تعيّن عليهم أن يتطيَّروا إليهم ، ثم الأظهر هاهنا أنه إذا طار إليهم قوم فيهم كفاية ، سقط الحرج عن الباقين .

ومن أصحابنا من قال : يتعين علىٰ كافة أهل الناحية التي صورناها أن يطيروا ويتسارعوا إليهم ؛ فإن هـٰذا يمنع التخاذل والتواكل ، ولو بنينا الأمر على الكفاية وقد [جدّ الجد][1] وليس هـٰذا مما يقبل الأناة ، بخلاف القتال الموضوع لإقامة فرض الكفاية ، والكفار قارّون ، فلا ينتظم دفع هـٰذه العظيمة مع المصير إلى/ الاكتفاء بخروج البعض ، لما في الطباع من الانحباس عن القتال ، وإذا فرض ذلك ، فإلىٰ أن يظهر للكافة لحوق الحرج ، ربما تجري عظائم من القتل والأسر ، واهتتاك الحرمات ، فالوجه الإيجاب على الكافة إذا لم يكن بين أيديهم إلىٰ ما يلي الكفار من فيه كفاية ، وهـٰذا يترتب علىٰ ما ذكرناه في أهل الناحية إذا كان فيهم كفاية ، وكان البعض منهم يستقلّ بالأمر .

ي ١٣٨

وما ذكرناه من الخلاف في البعد مرتب علىٰ ما ذكرناه في أهل الناحية والذين يقربون منهم ، فإن كنا نكتفي في أهل الناحية بمن فيه كفاية ، فهـٰذا في البعيدين أولىٰ ، وإن لم نكتف في أهل الناحية ، ففي الذين يبعدون **وجهان** ، ثم ينبني على الوجهين في البعيدين ما نذكره ، فإن بنينا الأمر على الكفاية ، أخرجنا العبيد والنساء ، وإن قلنا : عليهم أن يخرجوا بجملتهم ـ وإن كان في بعضهم كفاية ـ ففي العبيد والنسوان وجهان ، إذا كان في النسوان مُنّة ، ولا خلاف أن الخبر إذا بلغهم ، لم يكن لهم أن يلبثوا تعويلاً

---

(١) في الأصل : « وجد الجد » .

علىٰ حركة من هو أبعد منهم ؛ فإن بلوغ الخبر يوجب انزعاجهم[(١)] ؛ إذ انزعاج من وراءهم مغيّب ، وبقاء الكفار مستولين علىٰ ديار الإسلام ـ في لحظةٍ ـ عظيمةٌ في الإسلام .

وكل ما ذكرناه فيه إذا بلغ الخبر من علىٰ مسافة القصر ، ولم يكن في أهل الناحية كفاية .

١١٢٩٣ـ فأما إذا كان فيهم كفاية ، وقد شمروا ، فالذي ذهب إليه **المحققون** أنا لا نلزمهم أن ينزعجوا ؛ فإنهم على البعد من الناحية ، وفي أهل الناحية كفاية . وهـٰذا ما قطع به **القاضي** وكل منتسب إلى التحقيق ؛ إذ لو لم نقل هـٰذا ، للزمنا أن نقول : إذا انتشر الخبر إلىٰ أقاصي الخِطة ، توجه علىٰ أهل الإسلام قاطبة أن يتحركوا ، وهـٰذا بعيد[(٢)] .

وذهب **طوائف من أئمتنا** إلىٰ أنه يجب على الذين بعدوا أن يتحركوا ، ويصيرُ أهلُ الإسلام في هـٰذا بمثابة أهل الناحية ، ثم ينتهض الأقرب ، فالأقرب لا محالة ، والخبر علىٰ هـٰذا الترتيب ينتشر ، ثم إذا انزعج الذين يبلغهم/ الخبر ، [فلا يزالون عليها ولا يتهاونون][(٣)] إلىٰ أن يلقاهم خبر الكفاية[(٤)] ، وهـٰذا التدريج في الوقوع يحقق الاستبعاد الذي ذكره **المحققون** .

١٣٨ ش

---

(١) انزعاجهم : المراد الخروج من مدنهم وقراهم علىٰ أهبة القتال والاستعداد ، وهـٰذا هو ما نسميه الآن التعبئة العامة .

(٢) عبر الغزالي عن هـٰذا المعنىٰ ، أو قل : اختصر هـٰذه العبارة بقوله : « واختار المحققون أنه لا يلزمهم (الانزعاج) ؛ لأن الأمر يطول فيه ، ويتداعىٰ إلىٰ جلاء كافة الخلق عن الأوطان » (ر . البسيط : ٥/ ١٥٣ شمال) .

(٣) في الأصل : « فلا يزالون عندها ولا يدانون » . ولم أهتد لوجهها ، وما فيها من تصحيف إن كان .

ومعنىٰ ما أثبته : أنهم لا يزالون على الأهبة والاستعداد منتهضين .

(٤) الكفاية : المراد بها هنا كفاية الله شرّ الكافرين المغيرين وردّهم عن ديار الإسلام .

ويؤكد صحة هـٰذا المعنىٰ عبارة الرافعي ، حيث يقول : « والوجه الثاني : يجب على الأقربين ، فالأقربين ، بلا ضبط ، حتىٰ يصل الخبر بأنهم قد كُفُّوا وأخرجوا » (ر . الشرح الكبير : ١١/ ٣٦٧) وما قاله النووي أكثر وضوحاً ؛ إذ قال : « الثاني ـ يجب على الأقربين فالأقربين بلا ضبط ، حتىٰ يصل الخبر بأنهم قد دفعوا وأخرجوا » (ر . الروضة : ١٠/ ٢١٥) .

١١٢٩٤ـ ومما يتصل بتمام البيان في ذلك أن **أصحاب التحقيق** قالوا في الذين يقربون من الناحية : يكفي فيهم اعتبار الزاد ؛ إذ لا استقلال إلا به ، والمركوب لا معوّل عليه في السفر القصير سيما في المهم العظيم ، فأما من يبعد عن الناحية ، فقد قال هـٰؤلاء : يعتبر في حقهم الزادُ والمركوبُ [كالحج ، وفيه وجه أنه لا يعتبر ، وليس كالحج][1] ، فإن الحج على التراخي ، والأمر فيه أهون ، وهـٰذا الذي نحن فيه اجتمع فيه التعيين كما ذكرناه ، ووجوب البدار ، ورجوع الأمر إلىٰ بيضة الإسلام .

وقد ذهب ذاهبون من العلماء **كمالكٍ**[2] وغيره إلىٰ أن المركوب ليس شرطاً في سفر الحج ، فلا يبعد أن يُعْتَبر في هـٰذا السفر ما اعتبره **مالك** في سفر الحج .

التفريع : مَنْ شَرَطَ المركوبَ ، فلا يخفىٰ تفريع مذهبه ، ومن لم يشترط المركوب ، فقد ذكر بعض **المصنفين** وجهين في أنا هل نشترط الزاد أم نقول : [يخرجون][3] إلىٰ أن يفرّج الله تعالىٰ ، ولو هلكوا لِعَدمِ الزاد ، فإلى الهلاك مصيرهم ، وأجرهم على الله تعالىٰ . وهـٰذا عندنا بعيد ؛ فإن الاستقلال بغير زاد غير ممكن ، وليس في أمرهم بالنهوض مع بعد المسافة إلا هلاكهم من غير فائدة تعود إلى المسلمين .

فقد انتظم هـٰذا الفصل موضحاً كما ينبغي ، وانكشف ما فيه من عماية وإشكال .

١١٢٩٥ـ ونحن نلحق بهـٰذا المنتهىٰ **شيئين** : **أحدهما** ـ أن الكفار لو أسروا جمعاً من المسلمين ، فهل يجب أن نزحف إليهم ، كما نفعل ذلك لو وطئوا طرفاً من بلاد

---

(١) ما بين المعقفين زيادة اقتضاها السياق ، وهي موجودة في عبارة الغزالي ، ونصها : « وأما المركوب ، فلا يعتبر في حق من دون مسافة القصر ، وفيمن وراءه **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يعتبر كما في الحج ، **والثاني** ـ أنه لا يعتبر ، فإن أمر الحج أهون ، وهو على التراخي ، وهـٰذا أعظم » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٥٤ يمين) .

(٢) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ١/ ٤٥٧ مسألة ٧٠٦ ، عيون المجالس : ٢/ ٧٦٥ مسألة ٤٩٣ ، حاشية الدسوقي : ٢/ ٦ .

(٣) في الأصل : « يرجعون » : ولعل المعنىٰ : يخرجون معتمدين في خروجهم علىٰ فرج الله . وقد صاغ الغزالي هـٰذه العبارة قائلاً : « ومنهم من قال : لا يشترط الزاد ، فليتوكل على الله ، وهـٰذا بعيد ؛ فإنه إهلاك من غير فائدة » (السابق نفسه) .

الإسلام ؟ هٰذا فيه تردد ؛ من جهة أنا لو أوجبنا ذلك فرضاً على العين ، لزمنا ألا نفرق بين جمعٍ من الأسراء وبين أسير واحدٍ ، حتىٰ نقول : إذا وقع مسلم في الأسر ، تحركت جنود الإسلام ، وهٰذا قد يبعد بعض البعد ، ويخالف السِّير .

فإذا حصل التنبّه لما أشرنا إليه ، فالوجه عندنا القطع بإحلال استيلائهم على المسلمين محل استيلائهم/ علىٰ دار الإسلام ، وذلك أن دار الإسلام إنما يجب دفعهم عنها تعظيماً للمسلمين ، فإذا حصل الاستيلاء على المسلمين ، فالبدار إليهم أولىٰ وأهم ، ولٰكن قد تختلف الأحكام باختلاف الصور ، فيظن من لا يتفطّن لدرك الحقائق أن الأمر يختلف . ١٣٩ ي

وبيان ذلك أنهم إذا أسروا واحداً أو جمعاً ، وهم على القرب من ديار الإسلام ، طرنا إليهم ، وإن توغلوا في ديار الكفر ، فلا يتأتى التسارع إليهم ، وخرقُ ديارهم ، وقد لا يستقلّ بهٰذا جنود الإسلام ؛ فإن أُحوجنا إلىٰ ترك التسارع إليهم ، فعن ضرورة وأناةٍ [عاملون][١] حاذرون علىٰ تقديم وجه الرأي ؛ فلو صار مَلِكٌ عظيم إلىٰ طرفٍ من بلاد الإسلام ، وعلمنا أنه لا يُلقَىٰ إلا بالراية العظمىٰ ، فلا نتسارع إلىٰ دفعهم طوائف وآحاداً ، فإن الرأي أولىٰ بالمراعاة من كل شيء . فإذا كان ترك التسارع يفضي إلىٰ هلاك الأسرىٰ ، [مستشهدين][٢] ؛ فإنا لا نستفيد بالتسارع استردادهم . هٰذا آخر ما أردنا إلحاقه .

١١٢٩٦- **والثاني** - أن الكفار لو استولوا علىٰ مواتٍ أو جبل بعيد عن أوطان المسلمين وديارهم وقراهم ، ولٰكنه يعدّ من بلاد الإسلام ، فالذي رأيته **للأصحاب** أنهم يُدفعون كما يُدفعون عن الأوطان ، وفي هٰذا بعض النظر عندي ؛ فإن الديار [تشرف][٣] بسكون المسلمين ، فإذا لم تكن مسكناً للمسلمين ، فتكليف أهل الإسلام

---

(١) مكان كلمة بالأصل : لم نوفق لقراءتها ، وقد رسمت هٰكذا : (بحومها) بدون نقط وبدون علامة إهمال الحاء ، مع أنه يلتزمها (انظر صورتها) .
(٢) في الأصل : « مستشهدون » .
(٣) في الأصل : « تعرف » . وهو تصحيف واضح . والتصويب من لفظ الرافعي والنووي .

التهاوي على المتالف ، والتسارع على الهلكة فيه بعض البعد[١] . وقد نجز الفصل .

١١٢٩٧ـ ومما [أُقضِّي][٢] العجبَ منه تجاوز **الأئمة** عن كشف أمثال هـٰذه الفصول ، والقناعة بإجراء الأمور علىٰ ظواهرها . وتلك الغوائل دفينةٌ فيها ، ولا أشبه كلامهم فيها إلا بنَدَبٍ[٣] علىٰ جرح وراءه غور وتأكّل .

وانتهىٰ بما ذكرناه كلامنا في كلّي الجهاد حيث يكون على الكفاية ، وحيث نَصِفُه بالتعيين . وهـٰذا القدر فيه مقنع في التمهيد والتوطئة .

وكنا وعدنا أن نتكلم في فروض الكفايات في الجهاد والعلم والسلام ، وقد وفّينا بالموعد في الجهاد ، ونحن الآن نعقد فصلاً في العلم .

فَصْلٌ /

ش ١٣٩

١١٢٩٨ـ طلب العلم مقسم قسمين : **أحدهما** ـ مفروض على الأعيان ، **والثاني** ـ يثبت علىٰ سبيل الكفاية ، فأما ما يتعين طلبه ، فهو ما يبتلىٰ[٤] المرء بإقامته في الدين في الأوقات الناجزة ، وبيان ذلك أن من بلغه أن الصلاة مفروضة ، وهي ذات شرائط ، فلا يتصوّر الإقدام عليها والقيام بشرائطها إلا بالإحاطة بالشرائط والأركان ، وليس من الممكن أن يعرف عقد[٥] الصلاة فيكتفي به ، ويتحرّم ويبقىٰ حيرانَ لا يدري ما يفعل ، فكل ما يتعيّن الإقدام عليه يتعين العلم بشرائطه ، وأركانه ، ثم إن ما نعني العلومُ

---

(١) هـٰذا الوجه الذي اختاره الإمام ردّه النووي ، إذ قال في زوائده : « قلت : هـٰذا الذي اختاره الإمام ليس بشيء ، وكيف يجوز تمكين الكفار من الاستيلاء علىٰ دار الإسلام مع إمكان الدفع » (ر . الروضة : ١٠/٢١٦) .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) الندب بالفتح مصدر نَدِب الجرح يندَب ، إذا صلبَ أثره ، والندب أيضاً أثر الجرح (المعجم) . وهـٰذا التصوير من الإمام هو ما يسميه علماء البلاغة التشبيه التمثيلي ، وهو تشبيه صورة كلية بصورة كلية وصرف النظر عن أجزاء الصورة .

(٤) ما يبتلى المرء بإقامته : أي يجب عليه إقامته .

(٥) عقد الصلاة : أي نيتها والتحرم بها .

الظاهرة بما يستمر[١] . وقد يقع في الأركان والشرائط نوادر ، ولو كُلِّفنا العلم بها ، لعظم الأمر ، ولانْقطع الخلق عن إصلاح المعاش ، لاشتغالهم بطلب العلم فيما يتوقع وقوعه .

وإن كان الرجل مبتلىٰ بالنكاح والمعاملات ، فعليه طلب العلم بما يجب عليه في ظواهر الأمور التي هو يلابسها على الحدّ الذي ذكرناه من وظائف العبادات .

وذكر أرباب الأصول تصدير ما يتعين بأحكام العقائد ، ولست أرى العلم [بها واجباً عينياً ، وإنما المتعين علىٰ كل واحد اعتقاد مصمم صحيح][٢] ، فلا وجه إلا الاقتصار علىٰ مسالك الفقه . هـٰذا بيان ما يتعين طلبه من العلم .

١١٢٩٩ـ فأما ما يقع فرضاً على الكفاية ، فهو ما يزيد على المتعيَّن إلىٰ بلوغ رتبة الاجتهاد ؛ فإن قوام الشرع بالمجتهدين ، وهـٰذا الفصل يتعلّق بفصولٍ عظيمة مستندة إلىٰ قواعد الأصول ، ومن [أرادها][٣] علىٰ حقائقها ، فليطلبها من مجموعاتنا في الأصول .

ولو قيل : العلم المترجم بالكلام هل يُستلحق بفرائض الكفايات ؟ ؟ قلنا : لو بقي الناس علىٰ ما كانوا عليه في صفوة الإسلام ، لكنا نقول : لا يجب التشاغل بالكلام ، وقد كنا ننتهي إلى النهي عن الاشتغال به ، والآن قد ثارت الآراء ، واضطربت الأهواء ، ولا سبيل إلىٰ ترك البدع ، فلا ينتظم الإعراض عن الناس يتهالكون على الردىٰ ، فحق علىٰ طلبة العلم أن يُعِدّوا عتاد الدعوة إلى المسلك الحق/ والذريعة التامة إلىٰ حل الشُّبه ، ولما مسّت الحاجة إلىٰ إثبات الحشر والنشر على المنكرين ، وإلى الرد ١٤٠ ي

---

(١) كذا . والمعنىٰ ـ علىٰ أية حال ـ العلوم الظاهرة بما يعتاد ، دون الدقائق ، والنوادر ، أي بما يتكرر .

(٢) عبارة الأصل : « ولست أرى العلم فيها مع علم بني الزمان نالى امر يحد بها ، فلا وجه إلا الاقتصار . . . إلخ » وما بين المعقفين مأخوذ من كلام الغزالي ، وهو معنىٰ كلام الإمام (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٥٤ يمين) .

(٣) في الأصل : « دارّها » .

علىٰ عبدة الأصنام ، [صار من فروض الكفايات الاحتواء][1] علىٰ صيغ الحجاج ، وإبداء منهاجه . ولا شك أن هـٰذه الآراء الفاسدة لو بُلي الناس بها ، لأقام الشرع حجاج الحق من منابعها .

فإذاً علم التوحيد من أهم ما يطلب في زماننا هـٰذا ، وإن استمكن الإنسان من ردّ الخلق إلىٰ ما كانوا عليه أولاً ، فهو المطلوب وهيهات ، فهو أبعد من رجوع اللبن إلى الضرع في مستقر العادة .

وإذا ذكرنا هـٰذا المقدارَ ، فالمقدارُ المتعيَّن عقدٌ مستقيم علىٰ تصميم ، ولا نوجب علىٰ آحاد الناس بأن يستقلّوا بأدلّة العقول ، وتتبع الشبهات بالحَلِّ ، فمن استراب في عقدٍ ، فعليه أن يدأب في إزاحة الشك إلىٰ أن يستقيم عقدُه ، ولست أضمّن ذكر العقائد التي نوجب حصولها على الاستقرار لآحاد المسلمين ؛ فإن ذلك يطول . والوجه عندي قطع الكلام في ذلك علىٰ هـٰذا المقدار .

١١٣٠٠ـ ثم لا يخفىٰ أن المفتي الواحد لا يقع الاكتفاء به في الخِطة ، ويجب أن يكون في كل قطر من يُراجَع في أحكام الله تعالىٰ . ثم قال **الفقهاء** : يجب أن يعتبر في هـٰذه مسافة القصر ، فإذا سكن مجتهدٌ بُقعةً ، استقل به من هو علىٰ مسافة القصر منه في الجوانب ، وليس من الحزم الكلام في المفتي والمستفتي ؛ فإنه من لُباب الأصول .

ثم قال طائفة من **الفقهاء** لم يتعنَّوْا في طلب الحقائق : من خاض في التعلّم وأونس رشدُه ، فلا يبعد نيله الرتبة المطلوبة ، فيتعين عليه إتمام ما خاض فيه ، ولو ارعوىٰ ، كان تاركاً فرضاً متعيناً .

وهـٰذا غلط صريح عند **المحققين** ؛ فإن العلوم ليست جملة واحدة ، بل كل مسألة مطلوبة في نفسها ، وهي مغايرة لما قبلها وبعدها ، فلا يتحقق بالخوض [فيه حكمُ الخوض][2] فيما له حكم الاتحاد ، ولا تعويل علىٰ تشبيه ما ذكرناه من الوقوف في

---

(١) عبارة الأصل مضطربة ، فقد جاءت هـٰكذا : « . . . وإلى الرد علىٰ عبدة الأصنام ، اشتملت إلىٰ من الكتاب علىٰ صيغ الحجاج . . . » والمثبت تصرف منا مأخوذ من معنىٰ كلام الرافعي ، حيث نقل هـٰذا عن الإمام بتصرفٍ في اللفظ . (ر . الشرح الكبير : ١١/ ٣٦٩) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

الصف ؛ فإنه إنما يتعين المصابرة ثَمَّ ، لما في الانصراف من الانخرام والضرر العظيم ، وكسر قلوب الجند ، ولا يتحقق مثل هـٰذا في العلم ، فالوجه أن يعدّ هـٰذا من نوادر بعض **الفقهاء** التي لا مصدر لها عن ثَبَت وتحقيق . وسنعود إلىٰ طرفٍ من هـٰذا ـ إن شاء الله عز وجل ـ في فصلٍ يأتي بعده/ .

١٤٠ ش

فَصْلٌ

معقودٌ في السلام

١١٣٠١ـ قال **الأئمة** : السلام من السنن التي تأكد الأمر فيها ، وصحَّت الأخبار في الأمر بإفشاء السلام . ثم قال **العلماء** : من سلّم علىٰ جمع من المسلمين ، فإن أجابه واحدٌ منهم ، كفىٰ ذلك ، وإن لم يجبه أحدٌ حَرِج القوم من عند آخرهم ، فابتداء السلام سنة مؤكدة ، وجوابه فرض على الكفاية ، ثم هو مختص في المخاطبين بالسلام ، لا يقوم غيرهم مقامهم ، حتىٰ لو سلّم رجل علىٰ جمع وعيّنهم لتسليمه ، فسكتوا ، فردّ عليه من لم يخاطبه بالسلام ، فالفرض لا يسقط بذلك عن المخاطبين ، وقولنا : الجواب فرض كفاية [كافٍ][(١)] في بيان هـٰذا ، فإن الجواب إنما يصدر عمن تعلّق به الخطاب ، وإذا أتىٰ بلفظ السلام [من][(٢)] لم يخاطَب ، فهـٰذا ابتداءٌ ، وليس بجواب .

١١٣٠٢ـ ثم قال **الأئمة** : سنة السلام على الكفاية في وضعها ، كما أن جواب السلام على الكفاية ، وبيانه أنه إذا التقىٰ جمعان ، فسلم واحد من جمع على الجمع الآخر ، كفىٰ ذلك في إقامة السنة ، كما أن واحداً من المخاطبين لو أَجاب ، كفىٰ جواب الواحد ، وسقط الفرض عن الباقين ، ولو سلّم رجلٌ علىٰ رجلٍ معين ، تعين عليه جوابه ، فقد انقسم جواب السلام في أصله إلىٰ ما يتعين ، وإلىٰ ما يثبت فرضاً على الكفاية ، كما انقسم الجهاد .

وبالجملة لا يثبت شيء على الكفاية إلا ويتطرّق إليه التعيين ، فتجهيز الموتىٰ

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) سقطت من الأصل .

والصلاة عليهم وتدارك المحتاجين إلىٰ غير ذلك من فرائض الكفايات ، [يتعين إذا حضره مسلمٌ واحد](١) . وظهور هٰذا يغني عن البسط .

وغرضنا الآن أن نبين أن من خصص واحداً بالسلام عليه ، فلا مُخاطَبَ غيرُه ، ولا جواب إلا منه ، والجواب لا بد منه .

ثم صيغة السلام لا تخفىٰ ، واللفظ المشهور « السلام عليكم » . وكذلك لو قال : عليكم السلام . وكان **شيخي** يقول : لو سلّم علىٰ واحد ، فالأولى الإتيان بصيغة الجمع تعرّضاً لمخاطبة الملائكة ، وهٰذا يعضده أنا نستحب للمتحلل من الصلاة أن يقول : « السلام عليكم » كيف كان . وتأويل ذلك مخاطبة الملائكة ، وصيغة الجواب أن يقول : وعليكم السلامْ . وإن أحب قال : والسلام عليكم . وعطفُ الجواب على السلام حسنٌ ، ولو/ ترك العطف ، وقال : السلام عليكم ، كفىٰ ذلك ، وكان جواباً . ي ١٤١

ثم قال **الأئمة** : ينبغي أن يكون الجواب متصلاً بالسلام اتصالاً يُرعَىٰ مثله بين الإيجاب والقبول في العقود ؛ فإنه إذا تطاول الفصل المتخلل ، خرج الكلام عن كونه جواباً ، والواجب هو الجواب لا السلام .

ولو قال المجيب : عليكم ، فالرأي عندنا ألا يكتفىٰ بهٰذا ، فإنه ليس فيه تعرّضٌ للسلام ، وقد قال تعالىٰ : ﴿ وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ ﴾ [النساء : ٨٦] قال جماهير **المفسرين** : أجيبوا بأحسن من السلام ، أو حيوا بمثله ، حتىٰ إذا قال المسلِّم : السلام عليكم ، فالأحسن أن يقول المجيب : وعليكم السلام ورحمة الله . فإن لم يَزِدْ ، فلا أقل من أن يقول : وعليكم السلام .

وقال بعض **أصحابنا** : إذا قال المجيب : « عليكم » من غير عطف ، لم يكن جواباً ، وإن قال : « وعليكم » ، كان جواباً مسقطاً للفرض ؛ فإنه منعطف علىٰ قول المسلّم ، فكان راجعاً إلىٰ معناه .

١١٣٠٣ـ ولو استغرق قوم بشغل ، فقد لا نرىٰ لمن يمرّ بهم أن يسلم عليهم ، كما سنفصله ، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

ثم قال **الأصحاب** : إذا سلّم ـ ولا نرىٰ له أن يسلّم ـ لم يستحق جواباً ؛ فإن وجوب الجواب منوطٌ باستحباب السلام .

ثم القول في الأحوال التي لا يستحب فيها السلام يستدعي تفصيلاً ؛ فإن كل إنسان علىٰ حالة لا تجوز أو لا يليق بالمروءة القربُ منه فيها ، مثل أن يكون علىٰ قضاء حاجة ، أو يكون متبذلاً في الحمام يتدلّك ويتنظف ، فلا سلام في هـٰذه الأحوال . وإن كان القوم في مساومة أو غيره من شغل الدنيا ، فلا يمتنع السلام لهـٰذا ؛ إذ لو امتنع به ، لانحسم إفشاء السلام ، فإن معظم الخلق في شغل .

وكان **شيخي** يقول : إذا كان الإنسان يأكل ، فلا ينبغي أن يسلم عليه من يقرب منه ، وهـٰذا فيه بعض النظر ، ويجوز أن يحمل كلامه علىٰ ما إذا كان في فيه طعام ، فإن ردّ الجواب قد يعسر ويطول الفصل إذا مضغ ما في الفم وازدرده . ويبعد أن نكلفه ألا يزدرده ويلفظه ، فأما إذا وقع السلام بعد البلع ، وقبل رفع اللقمة الأخرىٰ ، فلا يبعد أن يقال : يستحق بالسلام الجواب ؛ فإنه لا عسر فيه ، والعلم عند الله تعالىٰ .

١١٣٠٤ـ ولا يحل لرجل أن يسلّم على امرأة أجنبية/ ليست من المحارم ، وإن سلم ، لم يكن لها أن تجيب . وقد ذكرتُ جملاً من أحكام السلام في كتاب الجمعة ، عند ذكري الاستماع إلى الخطبة والإنصات . ١٤١ ش

قال **شيخي أبو محمد** : تشميت العاطس مستحب ، وهو على الكفاية كابتداء السلام ، ثم لا يجب جواب التشميت ، ولعل السبب فيه أن التشميت لمكان العطاس بالعاطس ولا عطاس بالمشمت .

فَصْلٌ

قال : « ومن غزا ممن له عذر أو حدث له بعد الخروج عذر . . . إلىٰ آخره »[1] .

١١٣٠٥ـ قد قدمنا المعاذير التي تُخرج الرجل عن التصدي لفرض الجهاد على الكفاية ، وهـٰذا الفصل معقود في طريان المعاذير بعد الخروج ، فنقول : إذا أثبتنا سفر

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨١ .

الجهاد بإذن الأبوين ، وإذنِ صاحبِ الدَّيْن ، ثم رجع صاحبُ الدين ، أو رجع الأبوان ، وبلغ الخارج خبر الرجوع ، نُظر : فإن بلغه خبر الرجوع عن الإذن قبل التقاء الزحفين ، وتقابل الصفين ، وكان الرجوع والانقلاب ممكناً ، فحقٌّ عليه أن يرجع ؛ فإن الجريان علىٰ حكم الإذن ليس محتوماً ، والآذِن بالخيار : إن شاء أن يستمرّ علىٰ إذنه ، استمرّ عليه ، وإن أراد أن يرجع ، كان له أن يرجع عن إذنه ، وإذا رجع عن الإذن ، وتمكن المأذون له من الرجوع ، لزمه الرجوع .

وإن بلغه خبر الرجوع عن الإذن ، وقد التقى الزحفان ، نظر : فإن كان رجوعه يُخافُ منه انفلالٌ في الجند ، فيحرم عليه الرجوع ، وإن كان لا يتوقع من رجوعه انخرام وفتنةٌ يرجع أثرها إلى الجند ، ففي جواز الرجوع والحالة هـٰذه **وجهان** : **أحدهما** ـ يجوز الرجوع لجواز الإذن ، ولا ضرر في الرجوع . **والثاني** ـ لا يجوز الرجوع ؛ فإنه لابس القتال ووقف [في الصف][1] ، ولو فتحنا هـٰذا الباب ، لتعدىٰ تجويزُه إلى انفلال الآحاد ، والتعلق بالمعاذير ، ثم يفضي الأمر إلى انخرامٍ يعظم أثر وقعه ، فالوجه حسم هـٰذا الباب بالكلية .

ثم اختلف **أصحابنا** في صيغة **الوجهين** ، **فقال قائلون** : الوجهان في جواز الرجوع ، وقال آخرون : الوجهان في وجوب الرجوع . وينتظم من الوجهين والتردد في صيغتهما **ثلاثة/ أوجه** : **أحدها** ـ يجب الرجوع ؛ لانقطاع الإذن ، وبلوغ الخبر به . **والثاني** ـ لا يجوز الرجوع ، وتجب المصابرة . **والثالث** ـ أنه يجوز الرجوع ، ويجوز المصابرة لتقابل ملابسته القتال وانقطاع الإذن ، فقد تعارض نقيضان ، فيسقط أثرهما جميعاً ، وتبقى الخِيَرةُ بعدهما ، وهـٰذا الوجه اختاره **القاضي** .

ي ١٤٢

ولو أنشأ السفر نحو الجهاد ، وأبواه كافران ، فأسلما ، أو حدث له دَيْنٌ ، فهـٰذا في حكم الطوارىء ، فيلتحق الترتيب في الرجوع بما ذكرناه من رجوع الأبوين ، والصورة مفروضة فيه إذا لم يأذن الأبوان بعد الإسلام في الجهاد ، ولم يأذن صاحب الدَّين الجديد .

---

(١) زيادة لا يستقيم الكلام إلا بها .

ولو أذن الأبوان ، ثم رجعا وهو في الطريق ، ولـٰكن عسر الرجوع عليه لمخاوف يمتنع العبور عليها من غير جمعٍ واستعداد ، فالرجوع غير ممكن ، ولـٰكن إذا عسر الرجوع ، فيمتد إلى الجهاد ويُتم الغرضَ عازماً علىٰ أن ينقلب مع الجند إذا انقلبوا ، أم يمكث حيث انتهىٰ إليه ؟ الوجه أن نقول : إن عسر المكث كما عسر الرجوع ، فلا طريق إلا أن ينبعث مع الجند ، ثم يرجع برجوعهم ، وإن أمكنه أن يتعلق بقرية ويمكث فيها إلىٰ أن يرجع أصحابُه ، فيتعيّن ذلك ؛ فإن نهيه تضمن أمرين **أحدهما** ـ ترك التحرك إلى الجهاد ، **والثاني** ـ الإقبال على الرجوع ، فإذا تعذر الرجوع ، فالوجه ترك المسير في جهة الجهاد ، فإن ذلك ممكن .

١١٣٠٦ـ ومن الأعذار الطارئة المرض ، فإذا طرأ قبل الوقوف ، جاز الرجوع ، وإن طرأ في أثناء الجهاد ، فإن كان الرجوع يورث انفلالاً واختلالاً في الجند ، فلا يجوز أن يرجع أصلاً ، وإن خاف الموت والهلاك . وإن كان لا يخاف انفلالاً ، ففي جواز الرجوع وجهان ، ولا يجري هاهنا إلا منع الرجوع أو جواز الرجوع ، فأما وجوب الرجوع ، فلا ينقدح ، بخلاف ما قدّمناه في مسألة رجوع الأبوين .

١١٣٠٧ـ ثم تكلم **أصحابنا** في ملابسة فروض الكفايات . ونحن نأتي بمجموع كلامهم ، وننزله علىٰ [مدارك][(١)] الصواب .

فأما من لابس الحرب ولا عذر ، وهو من أهل القيام بفرض الكفاية ، فلا يجوز أن ينصرف من غير عذر ، سواء كان في انصرافه خرمٌ أو لم/ يكن . هـٰذا ما اتفق **أصحابنا** عليه ، وأطلقوا أقوالهم بأن الجهاد يصير متعيناً بملابسة الحرب علىٰ من هو من أهل فرض الكفاية ، وإن فرض عذرٌ وخيف انفلالٌ ، فلا سبيل إلى الرجوع . فإن ثبت عذر يمتنع به الخروج ، ولا خيفة ، ففي الرجوع بعد الملابسة التردد الذي حكيناه . ١٤٢ ش

وأما ملابسة العِلْم مع إيناس الرشد ، فقد حكينا عن **طوائفَ من الفقهاء** أنه يمتنع الانكفاف . وأوضحنا أنه غلط ، وليس العلم في حكم الخصلة الواحدة التي يفرض التلبس بها ، فلا ينتهي الأمر إذاً فيه إلى التعيّن بسبب الملابسة . نعم قد يتعين على

---

(١) في الأصل : « تدارك » .

الإنسان الانتدابُ للطلب ، والاستتمام إن خاض ، إذا لم يكن في القطر رشيدٌ غيره ، والحاجة ماسة . وليس هـٰذا من آثار ملابسةٍ أو خوضٍ في الأمر .

وأطلق أئمتنا القول بأن من تحرّم بصلاة الجنازة ، تعيّن عليه إتمامها ، وهـٰذا فيه فقه ؛ من جهة أن الصلاة مفروضة ، وقد تعلّقت بعين المصلي ، ولم تكن متعلّقة به قبل الخوض ، فيتعلق الإتمام بها ؛ فإنها في حكم الخصلة الواحدة ، **وحكىٰ من تُعتمد حكايتُه عن القفال** : أن صلاة الجنازة لا تتعين بالشروع ، فإن الشروع لا يغير حقيقة المشروع فيه ، ولذلك لا يلزم التطوّع بالشروع فيه .

فَصْلٌ

يجمع مسائل نصوّرها بمبادىء النصوص في **المختصر** ، ونذكر ما يحصل الإقناع به فيها .

قال : « ويَتوقَّىٰ في الحرب قتلَ أبيه . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٣٠٨ـ يكره للغازي أن يقتل ذا الرحم فصاعداً ، وتتأكد الكراهية إذا انضم إلى الرحم المحرمية ، وتزداد تأكداً كلما ازداد المقتول قرباً ، وقد روي : « **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهىٰ أبا حذيفة عن قتل أبيه عتبة ، ونهىٰ أبا بكر عن قتل ابنه عبد الرحمـٰن** »[٢] ، وروي « **أن عبد الله بنَ أُبي بنِ سلول لما كثر أذاه لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأمر بقتله ، بلغ ذلك ابنَه عبدَ الله ، فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال : بلغني أنك أمرت بقتل أبي ، وقد علمت العربُ شفقتي علىٰ أبي ، فأخاف لو قتله واحد لتداخلني حميةُ الجاهلية ، فأقتل مَن قتله ، فأدخل النار ، فأذن لي حتىٰ آتيك برأسه ، فقال صلى الله عليه وسلم/ : لا تفعل . نُداريه ما دام يعاشرنا** »[٣] . ي ١٤٣

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨١ .

(٢) حديث « نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا حذيفة عن قتل أبيه ، وأبا بكر عن قتل ابنه » سبق تخريجه .

(٣) حديث استئذان عبد الله بن عبد الله بن أُبي بن سلول في قتل والده ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا تفعل ، نداريه ما دام يعاشرنا » رواه الطبري في التفسير (٢٨/ ٧٦) وفي =

قال الشافعي : « لا يجوز أن يغزو بجُعلٍ . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٣٠٩ـ ليس للواحد من المسلمين أن يستأجر مسلماً على الغزو ، وهٰذا متفق عليه ، وقد فصَّلتُ في كتاب الصداق ما يجوز الاستئجار عليه ، وما لا يجوز ، وألحقتُ هٰذا بما لا يجوز الاستئجار عليه . ثم إذا فرض الاستئجار على الفساد ، وانطلق المستأجَر ، وحقق المستدعَىٰ[٢] منه ، فلا يستحق الأجرة ؛ فإن الجهاد يقع عمن تعاطاه ، وهو بمثابة ما لو استأجر الرجل على الحج صرورةً لم يحج عن نفسه ، فإذا حج الأجير ، ونوىٰ مستأجِره علىٰ ظن أن الحجة تنصرف إليه ، فالحج ينصرف إلىٰ فرض الأجير ، ولا يستحق الأجرة المسماة .

وذكر **أصحابنا** تردّداً في صورةٍ ، وهو أن الاستئجار على الحج إذا صح ، وكان الأجير حج عن نفسه حجة الإسلام ، فإذا صح عن مستأجِره وانعقد الحج عنه ، ثم صرف الإحرامَ إلىٰ نفسه على اعتقاد أن الإحرام ينصرف إليه بقصده وصرفه ، فلا شك أنه لا يصرفُ إليه ، ويقع صحيحاً عن المستأجِر . وهل يستحق الأجير الأجرة ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يستحقها لتحصيله مرادَ المستأجِر [**والثاني** ـ لا يستحقها][٣] بقصده إيقاعَ الحج عن نفسه .

والصرورة إذا نوىٰ مستأجِره ، فلا شك أنه لا يستحق الأجرة المسماة ؛ فإنها إنما تستحق في الإجارة الصحيحة ، واستئجار الصرورة فاسد ، والمذهب الذي لا يسوغ غيره أنه لا يستحق أجرةَ المثل أيضاً ، لأنه عمل لنفسه ، فيستحيل أن يستحق أجرةَ المثل بمجرد القصد ، وأجرةُ المثل إنما تُستحق بالعمل ، وليس كما إذا صرف الأجيرُ الحجَّ عن نفسه ؛ فإنا في وجه ضعيف أسقطنا أجرته بقصده ؛ فإنه يملك إسقاط الأجرة بطرق ، وظن صاحبُ هٰذا الوجه أن قصده من المسقطات . فأما استحقاق أجر العمل بمجرد القصد ، فمحال اعتقادُه والمصير إليه .

= التاريخ (٢/٦٠٨) ، والواقدي في المغازي : ٢/ ٤٢٠ ، وابن هشام : ٢/٢١٧ ، ٢١٨ .

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨١ .

(٢) المستدعىٰ منه : أي المطلوب منه .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

وإذا تمهد ذلك ، بان منه أن المستأجَر على الجهاد لا يستحق علىٰ مستأجره أجر المثل ، كما لا يستحق عليه الأجرة المسماة ؛ فإن الجهاد يقع عن الأجير ، فاستحال أن يستحق علىٰ عمله الذي وقع له أجرة علىٰ غيره .

ش ١٤٣ **١١٣١٠ـ** فإن قيل : هل للسلطان/ أن يستأجر من المسلمين من أراد استئجاره ، ثم يعطيه الأجرة من سهم المصالح ؟ قلنا : هـٰذا ما اضطرب فيه **أصحابنا** ، **فصار صائرون** إلىٰ جواز ذلك ، وهو الذي ذكره **الصيدلاني** ، وصرّح به ، ومهّده أصلاً ، وفرّع عليه . ونحن ذكرناه أيضاً في قَسْم الفيء والغنائم ، وأطلقناه ولم نفصله .

وذكر **القاضي** أن الاستئجار الذي ذكره **الأصحاب** من جهة السلطان ليس استئجاراً على الحقيقة ، فإن الجهاد يقع على المجاهد ، وما يصرف إليه من حق بيت المال ، فهو حق المستحِق له إذا تصدىٰ للجهاد ، وعَدِمَ تمامَ الأهبة والزاد ، وهـٰذا الذي ذكره **القاضي** هو القياس الذي لا يجوز غيره .

وإذا جمع الجامع ما ذكرناه الآن ، وما قررناه في أول كتاب الصداق ، انتظم له من المجموع كلام تام .

١١٣١١ـ قال الشافعي : « ومن ظهر منه تخذيلٌ للمؤمنين . . . إلىٰ آخره »[1] .

يحرم على الإمام أن يستصحب متخذِّلاً ، وهو الذي يحسّر القلوب ، ويلقي الأراجيف ، ويصرف قلوب المقاتلة عن القتال ، وشرُّ مثل هـٰذا الرجل ليس بالهين ؛ فإن النفوس مائلة علىٰ وفق الطباع ، فيخشىٰ أن يُتَّبع ، ثم إذا حضر المخذل بنفسه ، ردّه الإمام ، فإن اتفق حضوره ، وهو مشهور بالتخذيل ، فقائلٌ : لم يستحق سهماً ولا رضخاً ، ولو قتل قتيلاً من الكفار ، لم يستحق سَلَبَه ، فإنه ممنوع عن حضوره ، فلا يستحق بحضوره ، ولا بما يستحقه في حضوره شيئاً . فإن قيل : قد ردّد **الشافعي** قوله في الفرس الضعيف الأعجف الرَّزَاح[2] ، وإن استحقاق سهم الفارس هل يتعلق

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨١ .

(٢) الرزاح : من رزح البعير يرزح رُزاحاً ، ضعف ، ولصق بالأرض من الإعياء أو الهزال ، فهو رزاح (المعجم) .

به . وقد نص الشافعي علىٰ أن الإمام يمنع من أدخل دارَ الحرب مثلَ هٰذا الفرس ، ثم اختلف قوله في استحقاق السهم به ، فهلاّ أجريتم هٰذا التردّد في المخذِّل ؟ قلنا : ضرر المخذل عظيم ، وأدنىٰ ما يعاقَب به أن يُحرَمَ فوائدَ المغانم ، وأما الفرس إذا حضر ، فلا ضرر ، وقد يقع التهيب به إذا وقع في الصف ، فتردّد القول لذلك .

والمخذل لو تاب ، فتوبته مقبولة ، ولٰكن لا بد من استبرائه ليعود إلى استحقاق/ السهم ، وذلك ممكن بأن يمتحن في السرّ والعلن . ١٤٤ ي

١١٣١٢ـ ثم قال الشافعي : « وواسعٌ للإمام أن يأذن للمشرك أن يغزو. . . إلىٰ آخره »[(١)] .

للإمام أن يستعين بطائفة من الكفار ، علىٰ مقاتلة طائفة ، إذا علم أنهم لو غدروا وانحازوا إلى الكفار ، لكان للمسلمين استقلالٌ بمقاومتهم ، وإن كانوا بحيث لو انضموا إلى الذين يقصدهم ، لعسرت مقاومة الفئتين ، فلا ينبغي أن يستعين بهم ، وقد روي « **أن النبي صلى الله عليه وسلم استعان بيهود بني قينقاع في بعض الغزوات** »[(٢)] ، « **واستعان بصفوان وما كان أسلم بعدُ في غزوة حنين** »[(٣)] .

فإن قيل : أليس روي أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال : إني

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨٢ .

(٢) حديث « أنه صلى الله عليه وسلم استعان بيهود بني قينقاع في بعض الغزوات » رواه أبو داود في المراسيل ، والترمذي عن الزهري . قال الحافظ : والزهري مراسيله ضعيفة . ورواه الشافعي من طريق الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس ، قال البيهقي : لم أجده إلا من طريق الحسن بن عمارة ، وهو ضعيف ، والصحيح ما رواه أبو حميد الساعدي قال « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حتىٰ إذا خلف ثنية الوداع ، إذا كتيبة ، قال : من هٰؤلاء ؟ قالوا : بني قينقاع رهط عبد الله بن سلام ، قال : وأسلموا . قالوا : لا . قال : قل لهم : فليرجعوا فإنا لا نستعين بالمشركين » (ر . المراسيل لأبي داود : ح٢٨١ ، الترمذي : السير ، باب ما جاء في أهل الذمة يغزون مع المسلمين ، هل يسهم لهم ؟ ح١٥٥٨ . البيهقي : ٩/ ٣٧ ، التلخيص : ٤/ ١٨٩ ح٢٢٠٦) .

(٣) حديث « أنه صلى الله عليه وسلم استعان بصفوان وما كان أسلم بعدُ في غزوة حنين » رواه الشافعي (الأم : ٢/ ٨٤ ، ٨٥) ، والبيهقي في الكبرىٰ : ٩/ ٣٧ ، وفي معرفة السنن : ٥/ ٢٠٠ (ر . التلخيص : ٢/ ٢٣٦ ح١٥٠١) .

أريد أن أجاهد معك ، فقال : **أمسلمٌ أنت أم مشرك ؟** فقال : مشرك ، فقال صلى الله عليه وسلم : « **لا أرغب في المشركين** » فردّه . قلنا : تمام الحديث « **أنه عاد ثانياً ، وذكر مثلَ ما ذكر أولاً ، فأجابه رسول الله صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك وردّه ، فلما عاد الثالثة ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمسلم أنت أم مشرك ؟ فقال : مسلم ، فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم** »[1] ، والغالب أنه توسّم فيه الميلَ إلى الدين ، وكان يردّه رجاء أن يسلم ، فتحققت فراستُه وصدق ، فكان ما جرىٰ من المرادّة محمولاً علىٰ تحصيل هـٰذا المعنىٰ .

ثم جوّز أئمتنا الاستعانة بالمشركين على التفصيل المقدّم ، ولم يجوّزوا استصحاب المخذِّل قط ، فإنا قد نظن ظناً ظاهراً أن الكفار يذبّون عن مساكنهم في الإسلام وديارهم ، فإذا كانوا تحت قهرنا علىٰ ما فصلنا ، لم يمتنع الاستعانة بهم . وأما المخذل ، فلا خير فيه ، وهو ضرر كله .

١١٣١٣ـ ثم ذكر **الشافعي** جوازَ استئجار المشرك على القتال . وقد ذكرنا طرفاً صالحاً من هـٰذا . ولـٰكنا نعيد الفصل ، ونَزيدُ أموراً ، ونتدارك أطرافاً في الكلام لا بد من التعرّض لها . فنقول : أما الاستئجار ، فجوازه مبني علىٰ أن الجهاد لا يقع عن الكافر ، وإنما المانع من استئجار/ المسلم على الجهاد أن الجهاد يقع عنه ، فيبعد استئجاره علىٰ فعلٍ يقع عنه ، وقد ذكرنا الكلام علىٰ إطلاق **الأصحاب** القولَ بأن للإمام أن يستأجر المسلمين على الجهاد ، وتكلمنا عليه بما ينبغي . ش ١٤٤

١١٣١٤ـ وهـٰذا الفصل مقصور على استئجار أهل الذمة : فلا امتناع إذاً من الجهة التي ذكرناها في المسلم ، ولـٰكن قد يعترض نوع آخر من الإشكال ، وهو أن الاستئجار إنما يصح إذا كانت الأعمال مضبوطة ، وما يشتمل عليه القتال من الأعمال ليس مضبوطاً ، ولأجل هـٰذا المعنى اضطرب **أصحابنا** ، **فقال قائلون** : هـٰذه جعالة ، **وقال**

---

(١) حديث « أن رجلاً جاء يريد الجهاد فقال عليه السلام : أمسلم أنت ؟ . . . » رواه مسلم : الجهاد والسير ، باب كراهة الاستعانة في الغزو بكافر إلا لحاجة أو كونه حسن الرأي في المسلمين ، ح١٨١٧ ، والبيهقي : ٩/ ٣٧ .

آخرون : تصح الإجارة ، وإن كانت الأعمال مجهولة ، وهـٰذا ظاهر النص ، وإليه مصير الجماهير ، وهو معلل بوجهين : **أحدهما** ـ أن المقاصد هي المرعية ، ومقصود هـٰذه الإجارة لا يقع إلا على الجهالة ، ولا يتأتىٰ فيها التعرّض للإعلام . **والثاني** ـ أن المعاملات التي تجري في القتال سيّما إذا كانت المعاقدة مع الكفار تحتمل أموراً لا تحتملها التصرفات الجزئية ، والشاهد في ذلك مسألة العلج علىٰ ما ستأتي مشروحة ـ إن شاء الله عز وجل ـ في دلالته على القلعة .

والذي يحقق هـٰذا أن حكم الجعالة أن المستعمَل المجعول له [له][1] الخيار في ترك عين [العمل][2] ، فإن حكمنا بأن هـٰذه المعاملة جعالة ، لزم أن يجوز للمشركين بعد الوقوف في الصف أن ينصرفوا أو يتركوا العمل ، وهـٰذا الذي جوّزناه يُفضي إلىٰ خَرْمٍ عظيم ، لا سبيل إلى احتماله ، فلا وجه إلا حمل المعاملة على الإجارة ، واحتمال ما فيها من الجهالة .

وقد يرد علىٰ هـٰذا الكلام سؤال وجواب عنه ، وهو أن أهل الذمة لو حضروا بإذن الإمام[3] ، ثم أرادوا الانصراف بعد التقاء الزحفين ، فالرأي أنهم يمنعون من ذلك لما فيه من الضرار ، وإن لم يكونوا من أهل الجهاد ، لا إذا كان فرضاً على الكفاية ، ولا إذا تعين . ولـٰكن سبب منعهم من الانصراف ما في ذلك من النكاية في المسلمين ، فلا يبعد حمل المعاملة على الجعالة ، حتىٰ يحتمل ما فيها من الجهالة ، ثم يمتنع انصرافهم لما ذكرناه من امتناع انصرافهم لو خرجوا من غير جعل ولا أجرة إذا وقفوا في الصف .

١١٣١٥ ـ ولو أراد/ الإمام أن يستأجر عبيد المسلمين على الجهاد فهـٰذا بناه **الأئمة** علىٰ أصلٍ . والترتيب فيه أنا إن جوّزنا للإمام أن يستأجر المسلمين الأحرار علىٰ ما صار إليه طوائف من **الأصحاب** ، فيجوز أيضاً استئجار عبيد المسلمين . ١٤٥ ي

وإن منعنا استئجار الحرّ المسلم ، فاستئجار العبد خرّجه **الحذّاق** على الخلاف الذي

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) في الأصل : « الجعل » .
(٣) بإذن الإمام : أي من غير عقد معه . فلا إجارة ، ولا جعالة .

حكيناه في أن العبيد هل يتعين عليهم الجهاد إذا وطىء الكفار طرفاً من بلاد الإسلام ؟ فإن قلنا : يتعين عليهم ، فهم إذاً من أهل القتال ، فإذا وقفوا في الصف وهم مسلمون يتعين عليهم المصابرة ديناً ، فيكون استئجارهم بمثابة استئجار الأحرار . وإن قلنا : العبيد لا يتعين عليهم الجهاد إذا وطىء الكفار بلاد الإسلام ، فقد بان أنهم ليسوا من أهل الجهاد ، حتىٰ يفرض وقوع الجهاد عنهم إذا اصطف الحزبان ، فاستئجارهم كاستئجار أهل الذمة .

١١٣١٦ـ ومما يتعلق باستئجار أهل الذمة أن الإمام لو لم يستأجرهم ، وأخرجهم قهراً ، فقد أساء ، فإذا كلفهم الخروجَ والقتال ، فإنه يلتزم أجرَ مثلهم ، فإن أخرجهم قهراً ، كما وصفنا ، ثم خلاّهم ، فعليه أجرتهم من وقت الإخراج إلىٰ وقت التخلية ، ولا يضمن أجر مثله بعد التخلية إلىٰ أن يعود إلىٰ وطنه ، لأن منفعته عادت إلىٰ يده ، فلئن كان يبغي الرجوعَ إلىٰ وطنه ، فليفعل ما بدا له .

ولو استسخر الإنسانُ حُرّاً ، غرِم له مثلَ أجر منفعته ، وإذا حبسه ولم يستعمله ، ففي المسألة وجهان ذكرناهما في الغصوب ، وليس ما ذكرناه من تخلية الكافر بمثابة الحبس ؛ فإن الكافر غيرُ ممنوع عن التقلب بعد التخلية ، بخلاف الحرّ المحبوس ؛ فإن منفعته تفوت عليه ، ومن قال : لا ضمان علىٰ حابس الحر ، فمتعلّقه أن منفعته تَلِفَتْ تحت يده ، ولم يتلفها عليه الحابس بالاستعمال والاستئجار .

١١٣١٧ـ ومما أجريناه في قَسْم الغنائم ، ونحن نعيده الآن : أن أهل الذمة إذا حضروا الواقعة بإذن الإمام ، فيستحقون الرضخ ، وإن حضروا بغير إذن الإمام ، أو نهاهم الإمام ، فلم ينزجروا ، وحضروا ، **فللأصحاب** اضطرابٌ في ذلك : **والمسلك المرضي** أنهم لا يستحقون الرضخ إذا لم يكن شهودهم وخروجهم بإذن الإمام ، أو بإذن من إليه الأمر ؛ فإنهم ليسوا من أهل الذب عن/ الإسلام ، ثم إذا لم يكن إذنٌ ، فلا فرق أن يحضروا من غير نهي وزجر ، وبين أن ينهاهم صاحب الراية ، فيشهدوا مراغمين . ش ١٤٥

ومن أصحابنا من قال : إذا شهدوا من غير نهي وزجر ، ولا إذن ، فلهم الرضخ ؛ فإنهم بالعهد المؤبد صاروا على الجملة من أهل الدار ، ولم يبد منهم تخذيل . حتىٰ

تردد هٰؤلاء **الأصحاب** في استحقاق المراغمين المزجورين . وهٰذه الطريقة ضعيفة .

والعجب أنا اقتصرنا عليها في قسْم الغنائم ، ولم نذكر الطريقة الصحيحة ، وقد أتينا بها الآن ، وكتاب القَسْم وكتاب **السِّير** تتداخل فصولهما ، فإذا ألفى الناظر نقصاناً في أحد الكتابين ، فليدبّر ذلك الفصلَ من الكتاب الثاني .

١١٣١٨ـ ولو قهر الإمام طائفةً من المسلمين ، وأخرجهم إلى الجهاد ، لم يستحقوا أجر المثل ؛ فإنهم من أهل الجهاد ، فالجهاد يقع عنهم ، هٰكذا ذكره **الصيدلاني** وغيره ، وهٰذا يدلّ دلالة ظاهرة علىٰ أن استئجار المسلمين على الجهاد غيرُ لازم ، والعجب أن **الصيدلاني** قطع باستئجار المسلمين للإمام ، ثم قال : لو أخرجهم قهراً ، لم يلزم لهم أجر ، ولو صح جواز الاستئجار ، فالظاهر أنه لو أخرجهم قهراً ، أدّىٰ أجرَ مثلهم من المال الذي لا يؤدىٰ منه الأجر المسمىٰ ، والله أعلم .

وإذا كان الجريان على الأصح ، وهو امتناع حقيقة الاستئجار ، فيطّرد علىٰ هٰذا أنه من سمىٰ شيئاً للمسلمين ، فهو تجهيز لهم وإمداد بالعتاد والزاد ، فعلىٰ هٰذا إذا قهرهم وأخرجهم لم يستحقوا أجراً .

قال **الصيدلاني** : لو عين الإمام شخصاً ، وألزمه غسل الميت ودفنَه ، فليس لذلك المقهور أجرٌ علىٰ عمله ، وهٰذا الذي ذكره فيه فضل تدبر ؛ فإنا نقول : إن كان لذلك الميت تركة ، فأجرةُ من يتولىٰ هٰذه الأعمال من تركته ، فإذا قُهر شخصٌ والحالة هٰذه ، استحق المقهور الأجر .

وإن لم يخلف الميت شيئاً ، وكان في بيت المال متسع لتجهيز الموتَىٰ ، فيجب ذلك على الإمام من مال بيت المال ، وإن لم يكن ، فأراد الإمام أن يعين واجداً[1] ، فلا معترض عليه ، وإذ ذاك يتجه أن يقال : لا أجر له .

وقد قدمنا أن الإمام لو عين طائفة ، وأمرهم بالخروج للجهاد ، لم يكن لهم أن يخالفوه ، ثم هو في نفسه لا يلي شيئاً من أموره على الخِيرة العريّة عن الاجتهاد

---

(١) واجداً : أي غنياً مليئاً ذا مال .

والنظر ، وإنما يتعين [غير][١] المرتزقة إذا حَقت الحاقة ، ومست الضرورة ، [فإن لم][٢] تكن ، اكتفىٰ بإنهاض المرتزقة ، فإنهم المستعدون/ لهـٰذا الشأن . ي ١٤٦

١١٣١٩ـ ولو أخرج الإمام أهل الذمة قهراً ، أو حملهم على القتال ، التزم لهم أجر المثل ، كما ذكرناه ، فإن أخرجهم قهراً ، فلم يقفوا يوم القتال ، فلهم أجر مثل الذهاب ، وإن وقفوا ولم يقاتلوا ، فقد اختلف **أصحابنا** في المسألة ، **فمنهم من قال** : لهم أجر الوقوف ، قال : بدليل أنه يتعلّق به استحقاق السهم ، ومنهم من قال : الوقوف ليس بعمل يتعلّق به الأجر ، وإن كان يتعلق استحقاق السهم إذا صدر من أهله . والمسألة محتملة ، فإن لم نجعل الوقوف عملاً نظر : فإن لم يكونوا تحت حبس المسلمين ، فلا شيء لهم علىٰ مقابلة الوقوف . وإن كانوا محبوسين ممنوعين عن الانكفاف ، فسبيلهم كسبيل الحرّ المحبوس الذي لا يستعمل ، وقد ذكرنا الخلاف فيه .

ولو كان المخرَج قهراً عبيداً ، فلهم أجرهم ، وإذا حبسوا [علىٰ][٣] الوقوف ولم نر الوقوفَ عملاً ، فحبس العبيد يوجب الأجرَ بخلاف أجر الحر .

١١٣٢٠ـ ثم اختلف **أصحابنا** في أن الإمام يبذل الأجر من أي مالٍ ، يعني أجر المقاتلة ؟ أما إذا قُهروا أو استُئجروا ، فمن **أصحابنا من قال** : يُخرَج أجرهم من رأس مال الغنيمة ، فإن أثر قتالهم تعلّق بحيازة المغنم ، ومنهم من قال : يعطيهم الإمام من سهم المصالح .

١١٣٢١ـ ثم إذا وضح أن الإمام يستأجر الذمي ، فلو أراد واحد من المسلمين أن يستأجر ذمياً ليجاهد ، فالذي أطلقه **الأصحاب** أنه لا يجوز ؛ لأنه لا مدخل للنيابة في الجهاد ، وليس لآحاد المسلمين التصرف بالمصلحة العامة . وهـٰذا فيه احتمال عندنا تخريجاً على استئجار المسلم على الأذان ، ولا فقه في انفصال أحد البابين عن الثاني

---

(١) في الأصل : « عين » .
(٢) في الأصل : « فلم » .
(٣) في الأصل : « عن » والمعنىٰ إذا أُرغموا على الوقوف .

بثبوت الفرضية في أحدهما بعد ما تحقق استواؤهما في أن النيابة لا تتطرق إلىٰ واحد منهما .

١١٣٢٢ـ ثم قال الشافعي : « **ويبدأ الإمام بقتال من يليه من الكفار . . . إلىٰ آخره** »[1] .

والأمر علىٰ ما ذكره . وقد صرح القرآن بها . قال الله تعالىٰ : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُم مِّنَ الْكُفَّارِ ﴾ [التوبة : ١٢٣] ووجه المصلحة في ذلك ظاهر ، ثم ظاهر الأمر أن ما ذكرناه على المعتاد الغالب ، فإن لم يكن من الأقرب خوف ، واقتضت الإيالة تجهيزَ جندٍ إلى الأبعدين لغائلة محذورة منهم . فعلى الإمام في ذلك ما يقتضيه الرأي ، وقد غزا رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشاً ، وخلَّف بني قريظة ، وهم علىٰ باب المدينة .

١١٣٢٣ـ ثم ذكر **الشافعي** باباً مترجماً بالنفير[1] ، ومضمونه تحقيق كون/ الجهاد من فروض الكفايات إذا كان الكفار قارّين ، وهـٰذا قد تقدّم مفصلاً ، فلا حاجة إلىٰ إعادة شيء من مضمون هـٰذا الباب . ١٤٦ ش

* * *

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨٢ .

باب
جامع السير

١١٣٢٤- قال الشافعي في أول هـٰذا الباب الذي ننتهي به : « **القتال يختلف باختلاف المشركين ، وهم قسمان : قسم ليس لهم كتاب ، ولا شبهة كتاب ، وهم عبدة الأوثان والنيران ، وما استحسنوه ، فهـٰؤلاء نقاتلهم حتىٰ نقتلَهم أو يسلموا ، فالسيف عليهم إلى الإسلام . وهم المعنيون بقوله تعالىٰ** : ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة : ٥] **وإياهم عنى الرسول صلى الله عليه وسلم إذ قال** : « **أُمرت أن أقاتل الناس حتىٰ يقولوا لا إلـٰه إلا الله** »[(١)] .

وقسم من المشركين لهم كتاب ، كاليهود والنصارىٰ ، أو شبهة كتاب كالمجوس ، فهـٰؤلاء نقاتلهم حتىٰ يسلموا ، أو يقبلوا الجزية . قال تعالىٰ : ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ إلىٰ قوله تعالىٰ : ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة : ٢٩] .

ثم أجرىٰ [الشافعي][(٢)] فصولاً قدمناها مستقصاة في قَسْم الغنائم ، فلا حاجة إلىٰ إعادة شيء منها ، وإن جدّدنا تراجمها ، لم يضرّ ، فمنها أحكام الأسرىٰ ، وقد ذكرنا أن أمرهم مفوّض إلى اجتهاد الإمام ، فإن رأىٰ قَتْلَهم ، قَتَلَهم ، وإن رأىٰ رَقَّهم[(٣)] ، أرقّهم ، وإن رأىٰ منّ عليهم ، وإن أراد ، فاداهم ، وإن أراد أن يحبسهم حتىٰ يُخمِّر رأيه فيهم ، وهـٰذا في الرجال . والذراريُّ والنساء يُرقُّون بنفس السبي .

ثم ذكر بعد ذلك السَّلَب ، وكيفية قَسْم الغنائم ، والقول في الفارس والراجل ،

---

(١) حديث : « أمرت أن أقاتل الناس حتىٰ يقولوا. . . » سبق تخريجه .

(٢) ر . المختصر : ٥/١٨٣ .

وهـٰذا ليس نص الموجود في المختصر ، بل فيه شيء من التصرف .

(٣) رَقَّه : أي جعله رقيقاً ، وضرب عليه الرق .

وصحة القسمة في دار الحرب . والكلام في أن الأُجَرَاء والتجار والأسرىٰ هل يستحقون السهمَ إذا حضروا الوقعة . وقد تقصينا جميع ذلك علىٰ أبلغ الوجوه في البيان .

فَصْلٌ

قال : « ولهم أن يأكلوا ويعلفوا دوابهم . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٣٢٥ـ طعام المغنم فوضىٰ[٢] بين الغانمين ، ينبسطون فيه علىٰ حسب الحاجة ، ولا يوقف على القسمة ، والأصل في الفصل ما روي عن عبد الله بن أبي أوفىٰ أنه قال : « **كنا نأخذ من طعام المغنم ما نشاء** »[٣] وروىٰ عبد الله بن المغفل/ قال : « **دُلّي جراب من جدار خيبر ، فالتزمتُه ، وفيه شحم ولحم ، فأخذوني[٤] أصحابي ، فكنت أجاذبهم ، ويجاذبونني ، فإذا أنا برسول الله صلى الله عليه وسلم وراءنا يبتسم ، ولم ينكر علينا** »[٥] وعن عبد الله بن عمر قال : « **أصبنا في بعض الغزوات طعاماً وعسلاً ، فأكلنا منه ، ولم يُخَمَّس** »[٦] .

١٤٧ ي

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨٤ .

(٢) فوضىٰ : أي شركاء فيه ، يتصرّف كل واحد منهم في جميعه بلا نكير .

(٣) حديث : عبد الله بن أبي أوفىٰ « كنا نأخذ من طعام المغنم ما نشاء » قال ابن الصلاح في شرح مشكل الوسيط : « لم يُذكر في كتب الحديث الأصول ، غير أن في سنن أبي داود عن ابن أبي أوفىٰ : أصبنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر طعاماً فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدارَ ما يكفيه » ا .هـ هـٰذا . والحديث رواه أيضاً الحاكم ، والبيهقي . (ر . شرح مشكل الوسيط (بهامش الوسيط) : ٧/ ٣٢ ، ٣٣ . أبو داود : الجهاد ، باب في النهي عن النهبىٰ إذا كان في الطعام قلة في أرض العدو ، ح٢٧٠٤ ، الحاكم : ٢/١٢٦ ، البيهقي : ٩/ ٦٠ ، التلخيص : ٤/٢٠٩ ح٢٢٦٢ ، ٢٢٦٣) .

(٤) كذا : علىٰ لغة أكلوني البراغيث .

(٥) حديث عبد الله بن مغفل « دلي جراب من جدار خيبر وفيه شحم . . . » في الصحيحين ، ولـٰكن ليس فيها قوله « فأخذوني أصحابي » . (ر . البخاري : الخمس ، باب ما يصيب من الطعام في أرض الحرب ، ح٣١٥٣ . مسلم : الجهاد والسير ، باب جواز الأكل من طعام الغنيمة في دار الحرب ، ح١٧٧٢ . التلخيص : ٤/ ٢٠٩ ح ٢٢٦٣) .

(٦) حديث ابن عمر « أصبنا في بعض الغزوات طعاماً وعسلاً . . . » رواه أبو داود ، وابن حبان ، والبيهقي . ورجّح الدارقطني وقفه (ر . أبو داود : الجهاد ، باب في إباحة الطعام في أرض =

والمعتمد في مقصود الفصل الأخبارُ ، والذي تخيله العلماء من الأمر الكلي أن حاجات الغزاة تمس إلى الطعام ، والغالب أنهم لا يَلْقَوْنَ في ديار الحرب أَسْوُقاً قائمة ، فأطلق الشرع أيديَهم فيما يصادفونه من طعام المغنم ، ينبسطون فيه علىٰ قدر الحاجة ، والفقيه لا يلتزم طردَ معاني الأصول علىٰ حدود الأقيسة ، وإنما يَنْظم فيها أموراً كلية .

ومقصود الفصل يتعلّق بأنواعٍ : **أحدها** ـ في جنس ما يجوز التبسط فيه ، **والآخر** ـ في المكان ، **والآخر** ـ في حدّ منَ يجوز له الأخذ .

أما الجنس ، فالمعتمد أن يكون مقتاتاً أو يكون علفاً تستقلّ الدّواب به ، كالشعير والتبن وما في معناهما ، فأما الأدوية والعقرات[1] التي لا تستعمل إلا دواءً ، فالأيدي مكفوفة عنها إلىٰ أن تقسم ؛ فإن مسيس الحاجة إليها تُلحق بالنوادر ، حتىٰ قال **الأصحاب** : لو مَرِض من الجند واحدٌ أو جمعٌ ، فلا تصير الأدوية في حقهم كالأقوات والعلف . ولـٰكن إنما يأخذونها بقسمةٍ أو بذل قيمة ، كما لو مست الحاجة إلى الثياب وغيرها .

والمطعومات التي لا تعدّ للحاجات العامة ملتحقة بالأدوية كالسكّر ، والفانيذ ، وما في معناهما . وأما ما يطعم غالباً ، وليس من الأقوات كالفواكه ، ففي جواز التبسط فيها **وجهان** : **أحدهما** ـ يجوز لما روينا مطلقاً عن ابن أبي أوفىٰ أنه قال : « كنا نأخذ من طعام المغنم ما نشاء » . **والوجه الثاني** ـ أنه لا يجوز ؛ لأن الحاجة لا تتحقق فيها ، ويمكن أن نفصل بين ما يتسارع الفساد إليه ، ويعسر نقله ، وبين ما لا يتسارع الفساد إليه .

فإذاً الأقوات والعلف محلُّ التبسط ، والأدويةُ والأطعمة التي لا يعم أكلها في أعيانها ملتحقة بالثياب ، وفي الفواكه التي يعم اعتيادها/ الخلافُ الذي ذكرناه ، فأما الحيوانات ، فما تيسّر من سوقها تساق ، والغنم تذبح ، والأصح أن مسلكها مسلك

ش ١٤٧

= العدو ، ح٢٧٠١ ، ابن حبان ، ح ٤٨٠٥ ، البيهقي ، ٥٩/٩ ، التلخيص : ٢٠٨/٤ ح ٢٢٦٠) .

(١) كذا : « العقرات » وواضحٌ أن المراد بها أصول الأدوية ، والمنصوص في المعاجم أن مفردها (عَقَّار) بوزن عطّار ، وجمعها (عقاقير) .

الأطعمة ؛ فإن الأغنام في الشرع كالأطعمة الضائعة ، ولهـٰذا قال الرسول صلى الله عليه وسلم في الأغنام الضالة ، للسائل عنها : « **هي لك أو لأخيك أو للذئب** » . وقال **العراقيون** : يجوز ذبحها وإن كان يتيسّر سوقها كما ذكرنا ، ولـٰكن هل يغرَم من ذبحها وأكلها قيمتها ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا يغرَم كسائر الأطعمة . والثاني يغرم ؛ لأنها لم تكن أطعمة في أعيانها ، وإنما وردت الأخبار والآثار في أطعمة المغنم . وهـٰذا الوجه ضعيف ، لأنه يمنع من تسليم جواز الذبح .

وقد نجز القول في الجنس .

١١٣٢٦ـ فأما الكلام في بيان الحاجة والتفصيل في التبسط ، [فالغانمون][1] يأخذون من الأطعمة أقدار حاجتهم إلى الكفاية التامة ، أما الزيادة على الحاجة ، فلا .

ولو كان لواحد منهم من الأطعمة والعلف المستصحب ما فيه كفاية ، فله الأخذ من طعام المغنم أيضاً في أصل الوضع ؛ فإن الأخبار لا تفسير فيها ، وإنما مقتضاها كون الأطعمة فوضىٰ بينهم ، فإن قيل : ما معنىٰ ما ذكرتموه من الحاجة ومن معه كفايته لا حاجة به ؟ قلنا : الحاجة إلى الاقتيات والعلف قائمة ، فله صرف طعام المغنم إليها ، وإمساكُ ما معه .

ثم قال **المحققون** : إذا قل الطعام ، وازدحم الجند ، وقد يُفضي الازدحام إلى النزاع ، فإذا استشعر قائد الجند ذلك ، أثبت يده على الطعام ، وقسمه ـ إذا قل الطعام ـ علىٰ أقدار الحاجات ، ويقول لمن معه ما يكفيه : اكتف بما معك ، ولا تزاحم أصحاب الحاجات من الجند ، وإنما كنت تشاركهم فيه لو أشبع الطعامُ .

ثم قال **الأئمة** : تُرعىٰ حاجة الأكل والعلف فحسب ، فلو مست الحاجات للغانمين إلىٰ توقيح[2] دوابّهم بالشحم الذي صادفوه ، ففي المسألة **وجهان** : **أظهرهما ، وأصحهما** ـ أن ذلك لا يجوز ، ولا نزيد على الطعم والعلف ، والتوقيح خارج/ من ذلك . ١٤٨ ي

---

(١) في الأصل : « والغانمون » .

(٢) توقيح : من وقّح حافر الدابة : صلّبه بالشحم المذاب (المعجم) .

ومن **أصحابنا** من قال : لا يمنع التوقيح ؛ فإنه متصل بضرورة العلف . وهـٰذا ضعيف غير معتد به ، لأنه خارج عن التطعم والعلف ، والأخبار فيها . وهو أيضاً نادر ، وقد ألحقنا ما يطعم نادراً بالثياب ، فما الظن بما لا يستعمل طعاماً . وهـٰذا في التحقيق استعمال طعام في غير مطعم ، ولأجل ذلك اختلف **الأصحاب** .

وقال **الأئمة** : لو ذبح الغانمون أغناماً ردّوا جلودها على المغانم ، فإن أكلوا جلودها علىٰ لحومها سمطاً ، فلا بأس ، ثم ما يأكلونه ، وينبسطون فيه غير محسوب علىٰ أحد ، وكأن الشارع أضافهم(١) عليه .

وقال **المحققون** : لو أتلف واحدٌ من الغانمين شيئاً من طعام المغنم ، ضمنه ، وكان ما يبذله(٢) مردوداً على المغنم ؛ فإنه أتلف مالاً ، ولم يستعمله في الجهة التي سوّغ الشرع استعماله فيها ، وكان إتلافه بمثابة إتلاف الثياب وغيرها .

. ولو أخذ بعضُ الغانمين ما يزيد علىٰ حاجته من الطعام ، وأضاف عليه جمعاً من الغانمين ، جاز ؛ فإنه تولىٰ تعبَ الإصلاح والطبخ ، ورجع الطعامُ إلى الغانمين . ولو أراد أن يُطعم أجنبياً ليس من الغانمين ، لم يكن له ذلك . وعلى الأجنبي الضمان ، والمقدِّم إليه من الغانمين في حكم الغاصب يقدّم الطعام المغصوب إلىٰ إنسان ، ثم التفاصيل لا تخفىٰ في علم الضيف وجهله .

١١٣٢٧ـ ولو أخذ بعض الغانمين شيئاً من الطعام ، وأقرضه صاحباً له ، فالأصح أن هـٰذا الإقراض ليس بشيء ؛ فإن الغانم لا يملك ما يأخذه وإنما له حق الانتفاع ، والغانمون في أطعمة المغنم كالضيفان فيما قدّم إليهم ، فليأكلوا ، ويتمتعوا ، فأما الإقراض والبيع ، فلا مجيز له .

وذكر **الصيدلاني** وغيره من المعتبرين أن الإقراض يتعلق به حكم ، فإن الآخذ مقدارَ الحاجة يصير أَوْلىٰ [به](٣) ، ويثبت له حق اليد فيه ، وفائدة هـٰذا الوجه أنه يطالبه بما

---

(١) أضافهم عليه : أي جعلهم ضيوفاً واستضافهم .
(٢) ما يبذله : أي ما يغرمه ضماناً لما أتلفه من طعام .
(٣) زيادة لاستقامة العبارة .

أخذه أو بمثله ، ما داما[١] في دار الحرب ، فإن اتصل الجند بدار الإسلام ـ كما سنصف ، إن شاء الله تعالىٰ ، القول في المكان ـ فالمستقرض لا يرد على/ المقرض شيئاً ، فإنه انقطعت حقوق الغانمين عن الأطعمة بالتعلّق بدار الإسلام . ١٤٨ ش

والإمام يأخذ من المستقرض علىٰ هـٰذا الوجه الضعيف[٢] ما استقرضه إذا كانت العين باقية ، ثم إن أمكن ردُّه إلى المغنم ، فعل ، وإن تفرق الجند وعسر فضّ مُدٍّ من طعامٍ علىٰ مائة ألف ، فقد قال **الصيدلاني** : الإمام يصرفه إلىٰ خمس الخمس ، عنىٰ بذاك سهمَ المصالح ، ويجعل كأن الغانمين أعرضوا عنه ، وقيل : سبيله سبيل الفيء ، وكأنه خرج عن حكم المغنم ، وهـٰذا ضعيف لا أصل له ، إذ لو كانوا كذلك ، لما وجب الرّد إلى المغنم إذا أمكن الردّ . وقد اتفق **الأصحاب** علىٰ وجوب ذلك .

فإذاً المذهب فساد القرض ، وتفريعه أن المستقرض كالآخذ بنفسه ، فإن أكله في دار الحرب ، فلا تبعة ، وإن بقي معه حتىٰ تعلّق بدار الإسلام ، فإنه يردّه إلى المغنم علىٰ تفاصيلَ سنذكرها إن شاء الله تعالىٰ . والوجه الذي ذكره **الصيدلاني** أن للمقرض مطالبة المستقرض ما داما في دار الحرب ، وهـٰذا نص **الشافعي** : « **فإذا خرج إلىٰ دار الإسلام ، فالردّ على الإمام** »[٣] إذا كانت العين قائمة ، فأما إذا أُكل واستُهلك ، وتعلقا بدار الإسلام فالذي قطع به كل محقق أنه لا يطالَب المستقرض بشيء . وإن كانت العين قائمة ، وتيسّر الردّ إلى المغنم ردّ ، وإن تعذّر ، ففيه التردّد الذي ذكرناه .

فخرج مما ذكرناه أن تصحيح القرض لا يفيد إلا مطالبة المقرض المستقرضَ ما دام في دار الحرب ، فأما العين إذا كانت قائمة ردّها أو ردّ مثلها من طعام المغنم ، وكأنه ألزمه بالإقراض أن يحصّل من طعام المغنم ما يماثل ما أخذه ، فإن لم يكن في المغنم غير ما أخذ ، وقد أُكل الباقي ، ردّ ما أخذ ، وإن أتلفه ، فلا طِلْبَةَ عليه ، إذا لم يكن

---

(١) ما داما : أي المقرض والمقترض .
ثم هـٰذا في إقراضه غانماً آخر ، أما غير الغانمين ، فلا يجوز إقراضهم أصلاً ، وإذا أقرض الغانم أجنبياً ، وجب على المقترض ردّه إلى المغنم (ر . الروضة : ١٠/ ٢٦٥) .

(٢) الوجه الضعيف القائل بجواز المطالبة .
هـٰذا . وقد عرض النووي الوجهين ، ولم يرجح واحداً منهما .

(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٨٤ . وهـٰذا معنىٰ كلام الشافعي لا بنصه .

في المغنم طعام ، لأن حق [اليد][١] لا يضمن بالقيمة ، كما لو قتل رجل كلبَ[٢] إنسان ، أو أتلف عليه زبلاً .

ولو جاء بصاع من ملك نفسه ، لم يأخذه المقرض ، فإن ما جاء به ملك المستقرض ، وما أعطاه/ لم يكن ملكَه ، ومقابلة المملوك بغير المملوك لا تصح ، فرجع الكلام إلىٰ أن الإقراض يُلزم المستقرض ردَّ ما أخذ أو ردَّ مثله من طعام المغنم ما داما في دار الحرب ، فإذا اتصلا بدار الإسلام ، انقطعت التبعة بينهما . ي ١٤٩

١١٣٢٨ـ ولو باع واحدٌ من الغانمين صاعاً من طعام المغنم بصاع منه ، فالقول في البيع كالقول في القرض . والوجه القطع بفساد البيع ؛ فإنه تعاطٍ وتبادل كما يفعله الضيفان ، فيسلم ضيفٌ لقمة إلىٰ صاحبه ، ويأخذ لقمة ، ولا مؤاخذة ، وعلىٰ حسب هـٰذا قيل : إذا تبايع الغانمان بما أخذاه صاعاً بصاعين ، فلا بأس بذاك ، وهو تبادل وليس بتبايع .

والصيدلاني لما ذكر في القرض ما ذكره ، وعزاه إلى النص ، قطع في البيع بأنه ليس بيعاً على الحقيقة ، وشبه صورة البيع بما ذكرناه من التعاطي الجاري بين الضيفان ، ثم ذكر فصل القرض علىٰ ما حكيناه .

وهـٰذا تناقضٌ بيّن ؛ فإن القرض إن كان يُلزم أمراً ، فالبيع يجب أن يُلزم أحدَهما [أن يردّ][٣] صاعاً إلىٰ صاحبه [لا][٤] بجهة البيع ، [فلو امتنع][٥] الآخذ من ردّ صاع ، [فيجب تنزيل هـٰذا][٦] منزلةَ القرض في إثبات المطالبة ، هـٰذا لا بدّ منه إن صح القول في القرض ، وإن طردنا القياس ، أفسدنا أثر البيع والقرض جميعاً ، وهو الذي قطع به

(١) في الأصل : « السيد » .
(٢) يضرب الكلب والزبل مثالاً لما تثبت عليه اليد ، ويختص به صاحبه ، ولـٰكنه لو أتلف لا يضمنه المتلف بالقيمة .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .
(٤) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .
(٥) في الأصل : « وامتنع » .
(٦) عبارة الأصل : « فيجب علىٰ تنزيل هـٰذا » .

القاضي ومعظم المحققين . نعم . لو باع صاعاً بصاعين ، وفرعنا علىٰ تنزيل البيع في إثبات حكم المطالبة في دار الحرب منزلة القرض ، ففي هـٰذا تدبّر ، فإن سلم صاعاً لم يملك إلا طلبَ صاعٍ تشبيهاً بالقرض ، وإن بذل صاعين ، لم يطلب إلا صاعاً ، ويحمل الزائد على البذل ، فإنه لم يقصد ببذله إلزام عوض في مقابلته ، هـٰذا هو الممكن . والتفريع محيط على الأصل الخارج عن الضبط والقياس(١) .

١١٣٢٩ـ ومما نتكلم فيه **المكان** : فالجند ما داموا في دار الحرب ينبسطون في الطعام لما ذكرنا ، وإن تعلّقوا بأطراف عُمران الإسلام ، وتمكنوا من شراء الطعام والعلف ، كفوا أيديهم ، وإن تعلقوا بأطراف دار الإسلام ، ولا عمارة ، ففي المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أنهم لا ينبسطون ؛ فإن الرخصة تثبت في دار الحرب لا غير/ ١٤٩ ش **والثاني** ـ أن التبسط جائز لدوام الحاجة .

ولو كانوا يجدون في دار الحرب ما يشترون من الأطعمة ، فلم أرَ أحداً من **الأصحاب** يمنع التبسط بهـٰذا السبب ، ونزّلوا دار الحرب في أمر الطعام منزلة السفر في الرخص ، فإن الرخص ، وإن ثبتت في مقابلة مشقات السفر ، فالمترفّه الذي لا كلفة عليه يشارك المشقوق عليه في سفره ، فهـٰذا ما يجب القطع به ، إلا أن يدخل الجند في بلاد مضافة إلى الكفار يقطنها أهل الذمة والعهد ، لا يشاركهم في المساكنة مسلم ، فإذا كانت هـٰذه الدار في قبضة الإسلام ، وكان أهلها ملتزمين أحكامنا ، فهي بمثابة ديار الإسلام في الحكم الذي نطلبه .

---

(١) ولعل من المناسب أن نذكر عبارة الغزالي في البسيط عن هـٰذه المسألة ، قال رضي الله عنه : « فأما إذا جرىٰ بيع صاع بصاع مثلاً من طعام المغنم ، فلا ينعقد البيع ؛ إذ لا تملّك ، والصحيح أنه لا حكم له كما في القرض على الظاهر .
وقطع الصيدلاني في البيع بالبطلان ، وفي الإقراض بإثبات حكم ، وهو تناقض ، بل ينبغي أن يقال : بيع الصاع اقتراض من كل وجه يستعقب من اللزوم ما يستعقبه الإقراض ؛ حتىٰ لو باع صاعاً بصاعين لم يطالِب إلا بصاع واحد ، فإنه في حكم القرض ، ولو باع صاعين بصاع لم يطالِب إلا بصاع واحد ؛ فإن الصاع الآخر بذله من غير قصد العوض » (البسيط : ٥/ ورقة : ١٦٣ شمال) .

وإن كان الكفار معنا في مهادنة ، [ولا][1] يستسلمون لأحكامنا ، ولـٰكنهم لا يؤذون من يطرقهم من المسلمين ، وقد لا يمتنعون عن المبايعة والمشاراة ، فإذا كان كذلك ، فالأظهر وجوب كف اليد عن أطعمة المغنم إذا ظهر التمكن من تحصيل الطعام ، وإن لم تكن ديار المعاهَدين المستمسكين بالهدنة مَعْزيّة[2] إلىٰ ديار الإسلام . وإذا أخرجنا[3] ديار أهل الذمة ، وديار المعاهدين ، فنعتبر[4] بفَصْل طروقنا ديار الكفار ، وهم يختلطون بنا في المعاملة ، ولا عهد ولا أمان ، [فما ذكرناه][5] من تصوير وجود الطعام عسر ، فإن أمكن ولم يكن عهد ، فجوابه ما قدّمناه .

١١٣٣٠ـ ومما يتصل بتتمة الفصل أن الغانمين إذا تعلّقوا بديار الإسلام وحرم عليهم ابتداء الأخذ ، فلو كان معهم فضلاتٌ من الطعام التي أخذوها في دار الحرب ، فهل يلزمهم ردّها ؟ فظاهر المذهب أنه يلزمهم الردّ ، وحكىٰ **الصيدلاني** وغيره قولاً عن سِيَرِ **الأوزاعي** أنه لا يلزم الرّد ، فإنه بقيّةُ مأخوذٍ علىٰ سبيل الإباحة ، فلا يُمنع . فانتظم **قولان** : **أحدهما** ـ وجوب الردّ ، **والثاني** ـ أنه لا يجب الردّ . وكان **شيخنا** يفصّل بين ماله قدرٌ وقيمة ، وبمثله احتفال ، وبين كَسْر الخبز ونَفَض السُّفَر[6] ، وبقايا الأَتْبان في المخالي ، ويقول : **القولان** في هـٰذه/ الأشياء ، فأما ما يُقصد ، وينتحىٰ ، فمردودٌ وفاقاً ، وغيره من **الأئمة** لم يفصّل هـٰذا التفصيل .

ي ١٥٠

وأنا أقول : إن حمل الغازي من الطعام ما يغلب على الظن مع السير الدائم وتواصل التناقل أنه يفضل منه شيء عند الاتصال بدار الإسلام ، فهـٰذا مردود ، وليس له حكم الفضلات .

---

(١) في الأصل : « فلا » .
(٢) معزيّة : من عزا يعزي ؛ فالفعل واوي ويائي .
(٣) أخرجنا : أي استثنينا كما هي عبارة الغزالي .
(٤) فنعتبر : أي نقيس علىٰ ما قلناه في فصل طروقنا ديار الكفار .
(٥) في الأصل : « مما ذكرناه » .
(٦) الكَسْر بفتح وسكون : النزر اليسير ، والنَّفَض : بفتح النون والفاء : المنفوض بمعنىٰ ما يتساقط من الشيء عند نفضه . (ر . اللسان . والمعجم) ويمكن أن يُضبطَ الكِسَر (بكسر الكاف وفتح السين) : جمع كِسْرة .

وإذا بانت الصور ، فالخارج منه : أن [ما][١] ينفصل عن المحمول الذي يبعد مسيس الحاجة إليه في دار الحرب ـ مردود ، ولا يجوز أن يكون فيه خلاف ، وما يفضل عن محمول لا يبعد [استيعاب][٢] أكله في دار الحرب ، فإذا اتفق الفضل ، فهـٰذا محلّ التردد ، ثم **للأصحاب** طريقان : منهم من أجرى القولين وإن كان الفاضل بحيث يقصد إذا كان على الحدّ الذي ذكرناه ، **ومنهم من خصص [بالفُتات][٣] والكِسر** ، وإذا ضممنا التردد في محل القولين إلىٰ أصل وضعهما ، انتظم من المجموع ثلاثةُ أقوال : **أحدها** ـ الرّد ، **والثاني** ـ أنه لا يردّ . **والثالث** ـ أنه يفصل بين ما يفضل ، وبين النَّفَض والكِسر .

ثم إذا أوجبنا الرد ، فإن كان ذلك قبل قسمة الغنائم ، فالفاضل مردود إلى المغنم ، ثم القسمة توصل كلَّ ذي حق إلىٰ حقه . وإن قسمت الغنائم ، وأمكن فض فاضل الطعام علىٰ نسب القسمة ، فعلنا ، وإن تفرق الغانمون ، وعسر فضُّ هـٰذا الفاضل النزر عليهم ، فقد قال **الصيدلاني** : من **أصحابنا** من قال : هو مردود إلىٰ سهم المصالح ، وهـٰذا فيه غفلة ؛ فإن إخراج الخمس منه ممكن ، وإنما هـٰذا في الأربعة الأخماس ، ثم ينقدح فيها الخلاف الذي ذكرناه [في][٤] الإقراض .

ويبين بهـٰذا أن استرداد العين من المستقرض إن كانت باقية في يده كيف يقع ؟ وما سبيله ؟ وحاصل ما **تحققتُه وجهان** : **أحدهما** ـ أن حكم الاستقراض ينقطع بالتعلّق بدار الإسلام ، ويصير المستقرض كآخذٍ لنفسه طعاماً إذا فضل منه شيء ، ثم تخرج فيه الأقوال علىٰ تفاصيلها ، **ومن أصحابنا من قال** : إذا كانت العين باقية في يد مستقرضها ، فهي مستردّة قولاً واحداً ؛ فإنه ما أخذ الطعام علىٰ حكم تبسط الغزاة ، فإن استرددنا منه/ المستقرَض التقى التفريع علىٰ ذلك ، والتفريعُ علىٰ فاضل طعام الغازي إذا لم يستقرض . ١٥٠ ش

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : « استباق » .

(٣) في الأصل : « القتال » .

(٤) زيادة من المحقق .

فرع : ١١٣٣١ـ إذا لحق الجندَ مددٌ بعد انجلاء الحرب ، وحيازة المغنم ، فهل يشتركون في أطعمة المغنم حتىٰ يتبسطوا فيها تبسط الغانمين ؟ فيه وجهان لا يخفىٰ علىٰ من أحاط بالأصول توجيههما .

فصل

قال : « وما كان من كتبهم فيه طبٌّ . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

١١٣٣٢ـ الكتب المباحة في الإسلام ، ككتب الطب والحساب ، وما يحل تعلّمه ـ سبيلها سبيل سائر الأموال تقسم بعد التخميس على الغانمين ، وأما الكتب المحرمة ، فقد مثلها **الأصحاب** بكتب الشرك والهُجْر من الأشعار ، ثم قالوا : إن تمكن الانتفاع بأوعيتها ، مُحي ما لا يجوز تركه ، وردّت الجلود والأوعية إلى المغانم ، وإن لم يكن عليها جلود ينتفع بها ، ولا أوعية ، فسبيلها أن تمحىٰ ، وإذا كان لا يتأتىٰ محو ما فيها إلا بالتمزيق والإحراق ، فعلنا ذلك ، ولم نتركها في أيدي الناس . هـٰذا ما ذكره **الأصحاب** .

وفيه بقية نظر على المتدبّر ، فأما الهُجر والخنا والفحش الذي لا خير فيه ، فالأمر علىٰ ما ذكره **الأصحاب** ، وأما كتب الشرك ، فقد يخطر فيها للفطن أنها يُنتفع بها ، علىٰ معنىٰ أن الحاجة تمس إلى الاطلاع علىٰ مذاهب المبطلين ، حتىٰ إذا عرفت ، اتجه الردّ عليها بمسالك الحق ، فإن كانت تلك المقالات مشهورة ، فالرأي إبطالها ، وإن كان فيها ما لم يتقدم الاطلاع عليه ، ففيه تردد واحتمال بيِّن .

١١٣٣٣ـ ثم قال **الأصحاب** : المباحات في دار الحرب كالحطب والحشيش والصيد سبيلها كسبيل المباحات في دار الإسلام ، فهي لمن أخذها ، وإذا كنا نقضي بأن الحربي إذا اصطاد من ديار الإسلام ، يملك ما اصطاده ، فلا يخفىٰ أن ما يأخذه [المسلم][(٢)] يملكه ، والقصد بإيراد الفصل في هـٰذا المكان ، قطعُ ظن من يظن أن

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨٤ .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

ما يؤخذ من الأموال المباحة بمثابة المغانم ، لأنه لا يتصوّر الوصول إليها إلا مع الاستظهار بعُدّةٍ[1] ، فقد يحسب الناظر أن سبيل المأخوذ كسبيل الغنيمة ، أو كسبيل الفيء ، وليس/ كذلك ؛ فإن المغنم والفيء ما كان ملكاً لأهل الحرب ، فأظهَرَنا [الله][2] عليه ، إما بقتال ، أو برعب من غير إيجاف خيل وركاب ، والمباحات هي التي لم يتعلّق بها ملك . ١٥١ ي

ثم قال **الأئمة** : إذا وجد في الصيد ظبية مقرّطة ، أو مقرطقة ، والمقرط الذي جعل في أذنه القرط ، والمُقَرْطَق هو الذي جُزّ صوفه علىٰ علامة كالقَرْطَق[3] ، فنعلم أن هـٰذه الظبية مملوكة لمن صادها[4] ، فإذا وجدناها في دار الحرب ، فقد تساهل **الأصحاب** ، وقالوا : سبيلها كسبيل الغنيمة . وهـٰذا يجيء علىٰ مذهب المسامحة ، فإن كل ما يؤخذ من أملاك الكفار لا يكون غنيمة ، بل المغنوم ما يؤخذ قهراً بقتالٍ ومكاوحة ، وقصدٍ ودفع ، وما يتفق الظهور عليه من غير مناوشة وقتال ، فسبيله سبيل الفيء . والغرض مما نذكره يبين بتفصيلٍ :

فنقول : كل ما لو وجد في دار الإسلام ، لكان لقطة ، فإذا وجد في دار الحرب ، فهو مُجرىً علىٰ ملك الكفار ، ثم أخذه يتصوّر من ثلاثة أوجه : **أحدها** ـ المغالبة ، فما كان كذلك ، فهو غنيمة ، **والآخر** ـ أن يجري انجلاء الكفار عنه بإرعاب وإرهاب من غير إيجاف خيل وركاب ، فما كان كذلك ، فهو فيء ، **والثالث** ـ أن يتفق أخذه من غير إرهاب ، ولا قتال ، وفي هـٰذا القسم فضل تدبّر ؛ فإن **الأصحاب** أجمعوا علىٰ أن من دخل دار الحرب مستخفياً وسرق شيئاً ، فإنه يختص بما أخذه ، وهـٰذا مما ليس غنيمة ولا فيئاً خصصناه لصاحب اليد .

---

(١) المراد عُدة الصائد وجهده ، فلا يدخلن الظن من هنا أنه غنيمة .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) القرطق : مثال جعفر ، ملبوس يشبه القَباء . وهو من ملابس العجم (المصباح) وكانوا يجزون الصوف علىٰ هـٰذه الهيئة علامة علىٰ أن هـٰذا صيد مملوك . قاله الغزالي في البسيط : ٥/ ورقة : ١٦٢ يمين .

(٤) لمن صادها : المراد لمن صادها سابقاً .

وعلىٰ هـٰذا القانون نقول[١] : إذا وجدنا في دار الحرب مالاً ضائعاً ، ولم نفرض فيه انجلاء كافر ، وهو أن يكون الوصول إلىٰ مكان ذلك المال ممكناً من غير عُدّة ، [فهو لصاحب اليد][٢] فإن لم يكن الوصول إليه ممكناً إلا بعدة ، فالمأخوذ فيء ؛ فإن قاعدة الفيء إما يؤخذ بقوة الجند أو بقوة الإسلام ، من غير لُقيان قتالٍ ، وما أخذنا بالقتال من أيدي الكفار ، فهو غنيمة ، وما ثبت عليه اليد من غير عُدّة ، ولا قتال ، ولا استنادٍ إلىٰ قوة الإسلام ، فذاك يجب أن ينحىٰ به نحو السرقة .

ش ١٥١ وقد ذكرنا/ طرفاً من الكلام في الفيء ، ومعناه في قَسْم المغانم والفيء .

وتمام البيان في ذلك أنا إذا وجدنا مالاً ضائعاً علىٰ هيئة اللقطة ، فلا نأمن أن يكون فضل عن المسلمين ، فينبغي أن تُنشدَ الضالة ، فإن عرفها مسلم ، فهي لقطة مردودة عليه على الشرط المعروف في كتاب اللقطة . وإن لم يدّعها مسلم ، والدار دار الحرب ، فالكلام على التفصيل الذي ذكرناه . ثم إذا كنا لا نعرف في ديار الحرب مسلماً سوى الأجناد ، فيكفي أنها تعرّف إليهم ، ولا نؤاخذ بتقدير طروء تاجرٍ ؛ فإن ذلك يطول . فإن كان وراء هـٰذا المنتهىٰ بقية ، فلا شك أني استقصيتها في كتاب اللقطة .

فَصْلٌ

قال : « ومن أُسر منهم ، فإن أشكل بلوغهم . . . الفصل »[٣] .

١١٣٤ ـ [تقدّم][٤] القولُ في الأسرىٰ وحكم الإمام فيهم واجتهاده في المن والفداء والقتل ، والإرقاق ، والفرق بين الذراري والنسوان ، والمقاتلة ، وأوضحنا أن الإمام إذا رأىٰ قتل الرجال واستئصالَهم بالسيف ، فمن وجده بالغاً ، قتله ، ومن استراب في

(١) في الأصل : وعلىٰ هـٰذا القانون أن نقول .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٨٤ .
(٤) في الأصل : « تفصّل » .

أمره أمر بالكشف عن مؤتزره ، فمن أَنْبت منهم قتله[١] ، وذكرنا في كتاب الحجر تردّدَ الأصحاب في أن الإنبات عينُ البلوغ أوْ أمارةُ البلوغ .

وقال الأئمة : نبات اللحية وشعر الإبط بمثابة شعر العانة ، وإنما نكشف عن المؤتزر ، إذا عدمنا شعر اللحية والإبط ، وهـٰذا متجه ، ولـٰكن اخضرار الشارب ما أراه معتبراً ، والصُّدغ[٢] المعدود من شعر الرأس لا يشك أنه لا تعويل عليه ، والعِذار المقابل للأذن من اللحية ، وإذا خشن شعر الشارب كما[٣] طرّ ، فهو كاللحية ، وإن تزعم[٤] [عند الكشف][٥] عن مؤتزره أنه استعجل بالمعالجة الإنبات ، فإن جعلنا الإنباتَ عينَ البلوغ ، لم ينفعه هـٰذا ، وإن جعلناه علامة البلوغ ، فالمستعجَل منه لا يدلّ على البلوغ ، ثم القول قوله مع يمينه ، وهـٰذه اليمين متضمنة للإثبات ، وهي علىٰ خلاف قياس الأيمان[٦] ، ولـٰكن حقن الدم غالب ، ولذلك حقنا دم/ المجوسي بالجزية ، وإن لم نناكحه ولا نستحل ذبيحته ، وجميع أحكام الأسرىٰ ١٥٢ ي قدمناها مستقصاة في القَسْم .

وهـٰذا الطرف الذي ذكرته في الإنبات والاستعجال أحلته ثَمَّ علىٰ هـٰذا الكتاب ، وقد وفّيتُ به ، وتمام حكم البلوغ مذكور في كتاب الحج .

---

(١) تقدم ذلك في قَسْم الفيء والغنائم .
(٢) الصُّدغ : ما بين لحظ العين إلىٰ أصل الأذن ، ويسمى الشعر الذي تدلىٰ علىٰ هـٰذا الموضع صدغاً . (المصباح) .
(٣) كما بمعنىٰ : عندما .
(٤) تزعّم : تكذب ، (المعجم) .
(٥) زيادة اقتضاها السياق .
(٦) فإن قياس الأيمان للنفي ، وهـٰذه لإثبات الاستعجال .
ثم قد استشكل تحليف من يدعي الصبا ، فقال بعض الأصحاب : اليمين احتياطٌ ، أو استظهار ، وقال الجمهور : لا بد منها ؛ لأن الدليل الظاهر موجود . (ر . الروضة : ١٠/٢٤٣) .

فَصْلٌ

قال : « إذا التقوا العدوّ ، فلا يولُّوهم الأدبار . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

١١٣٣٥ـ إذا تعارض الصفان ، وتلاقى الجندان ، وقابل كل مسلم من الكفار اثنان ، فالفرار يحرم ، وكان الأمر في الابتداء شديداً ، كما اقتضاه قوله تعالىٰ : ﴿ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ ۚ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّا۟ئَةٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفًا ﴾ [الأنفال : ٦٥] فكان يجب على الواحد أن يقف لعشرة ، فعظم هـٰذا واشتد احتماله ، فخفف الله تعالىٰ عن المسلمين ، وقال تعالىٰ : ﴿ ٱلْـَٔـٰنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ﴾ الآية [الأنفال : ٦٦] ، فاستقر الشرع علىٰ مصابرة الواحد لاثنين ، والعشرة لعشرين . هـٰذا هو الأصل .

والفرار وعدد الكفار غير زائد على الضعف مع إمكان المصابرة من الكبائر ، وقد توعّد الله تعالىٰ عليه بالوعيد الشديد ، فقال عز وجل : ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ . . . ﴾ الآية [الأنفال : ١٦] .

ولو التقىٰ جمع من المسلمين بجمع من الكفار ، وكان الكفار من الأبطال المنعوتين ، وغلب على الظن أنهم يقتلون المسلمين لو صابروا ، ولم يولّوا ، فهل لهم أن يفرّوا ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أن لهم الفرار ؛ فإن ما في هـٰؤلاء من الأَيْد والنجدة يَبَرُّ معنىً علىٰ زيادة الأعداد ـ ولو زاد عدد الكفار على الضِّعف ، لجاز الفرار ـ من حيث يُغَلِّب[(٢)] الغلبة ، لا من حيث صورة العدد .

وإن زاد عدد الكفار على الضعف ، وغلب على الظن غلبتهم ، فيجوز الانهزام ، وإن لم يغلب على الظن غلبتهم ، فيجوز الانهزام لظاهر الحال ، وهو الذي يغلب عليه سياق الآية المشتملة على التخفيف . ولو غلب على الظن أنا نغلبهم ، بأن كنا أبطالاً ، وكانوا مستضعفين ، فظاهر المذهب ، وجوب المصابرة ؛ فإنَّ/ فرار الرجال الأبطال من الضعفة ، وإن زادوا على الضعف ، ولا حاجة إليه ـ ذلٌّ ، وليس هـٰذا كفرار

ش ١٥٢

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨٥ .

(٢) أي يغلّب ما في هـٰؤلاء من الأيد والنجدة الظنّ بغلبتهم .

المسلمين من أبطال الكفار ، وعددهم غير زائد على الضعف ؛ فإن الحاجة ماسة ، ولا ذلّ في الفرار منهم .

وتمسك **بعض الأصحاب** بصورة العدد ، واعتبار الغلبة ، وجعلها وجهين ، وقال : من اعتبر العدد ، جوّز للمائة من أبطال المسلمين الفرار من مائتين وواحدٍ من الكفار ، وإن كانوا مستضعفين بالإضافة إلى المسلمين ، نظراً إلى العدد ؛ فإن اتباع صفات الرجال عَسِرٌ ، سيّما في القتال . ومن اعتبر غلبة الظن في الغلبة ، قال : ليس لأبطال المسلمين أن يفروا ، وإن زاد عدد الكفار على الضعف ، إذا غلب الظن في الغلبة ، وللمسلمين أن يفروا ، وإن لم يزد عدد الكفار على الضعف إذا استشعروا من أنفسهم الضعف .

وهـٰذا الترتيب غير مستحب ، والأولىٰ أن نقول : ليس لأبطال المسلمين الفرار من الكفار ، وإن زادوا على الضعف إذا غلب على الظن غلبةُ المسلمين . وهل للمسلمين الفرار إذا قابلهم أبطال الكفار ، وغلب على الظن غلبتهم ، ولم يزيدوا على الضعف ؟ فعلى الخلاف المقدّم .

١١٣٣٦ـ ومما يتصل بذلك أن الكفار لو لاقَوْا المسلمين وليس مع المسلمين سلاح ، والكفار شاكون وعددهم غير زائد على الضعف ، فإن لم يكن في موضع الالتقاء حجارة ، جاز الفرار ، وإن كان في الملتقىٰ حجارة ، فحاصل ما ذكره **الأصحاب ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أنه لا يجوز الفرار ، ويجب مقاومتهم بالحجارة . **والثاني** ـ يجوز الفرار ؛ فإن الحجارة لا تقابل السيوف البواتر والرماح . **ومنهم من قال** : إن كانت معهم مقاليع ، لزمهم المصابرة ، وإن لم يكن ، جاز الفرار . [و][1] هـٰذا التردد خارج عندي على الأصل المقدّم ، وذلك أن المسلمين إذا عدموا الأسلحة والكفار شاكون في السلاح ، فالغالب غلبة الكفار ، والغالب أن/ الأحجار لا تقابل [الحديد][2] ، فهـٰذا يخرج على القاعدة المقدمة .

١٥٣ ي

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : « بالحديد » .

ويتصل بهٰذا المنتهىٰ أمرٌ هو تمام الغرض ، وهو أن المسلمين إذا علموا أنهم ولو صابروا لم يُنكوا في الكفار ، فلا خلاف في جواز الفرار هاهنا ؛ فإنه ليس في الوقوف إلا الاستقتال ، وليس يرجع إلى الإسلام من هٰذا قوةٌ ونُصرة ، وإنما التردد فيه إذا غلب على الظن غلبة الكفار ، وقد يغلبون ، وهٰذا أصل . قلنا : إذا لم يجدوا الحجارة أصلاً ؛ فإنهم مِزعٌ بين السيوف البواتر ، فوقع القطع هاهنا بالفرار .

وتمام غرض الفصل في نجازه .

١١٣٣٧ـ ثم إذا منعنا الفرار وحرَّمناه ، فلا يمتنع التحرف للقتال ، والتحيز إلىٰ فئة المسلمين ، كما قال تعالىٰ : ﴿ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ ﴾ [الأنفال : ١٦] وأما التحرف للقتال ، فمعناه أن يَلقى الكافر مسلماً في الصف ، ويكون المجال ضيقاً على المسلم ، فرأىٰ في تدبير القتال أن يولّي الكافرَ ظهره ويستجرّه إلىٰ فضاء ومتسع ، حتىٰ إذا اتسع مجاله عَكَر[١] عليه ، فله أن يفعل ذلك . وكذلك لو تحرّف من الميمنة إلى الميسرة لرأيٍ يراه ، فهٰذا معدود من التحوّل في القتال ، وليس من الهزيمة في شيء وتصويره بيّن ، وتعليله واضح .

١١٣٣٨ـ وأما التحيز ، فإنه يرجع إلى القصد وهو متصل بفرار محقق ، والتحرّف ليس فراراً ، وإنما هو مداورة في القتال .

ثم اختلف طرق **الأئمة** في التحيز ـ وهٰذا من أهم ما يجب الاعتناء به ـ فذكر **الصيدلاني وصاحب التقريب وشيخي وأئمة العراق** أن من ولّىٰ ، وقصد أن يتحيز إلىٰ فئة ، ويستنجد بهم ، ويعود إذا عادوا ، ففراره علىٰ هٰذا القصد لا يكون معصية ، ولا فرق بين أن يكون بين تلك الفئة التي قصد التحيز إليها علىٰ مسافة شاسعة ، وبين أن تكون قريبة من المعترك ، وقال **عمر بن الخطاب** ، وهو في دار الهجرة ، يعني مدينة النبي صلى الله عليه وسلم في هٰذا المعنى/ الذي نحن فيه : « أنا فئة كل مسلم »[٢] ش١٥٣

(١) يعكُر عليه : من عكر يعكُر عكراً وعكوراً : عطف ورجع .
(٢) أثر عمر : « أنا فئة كل مسلم » رواه الشافعي (الأم : ٤/ ١٧١) والبيهقي في الكبرىٰ : ٩/ ٧٧ .

وفي **بعض التصانيف** أن التحيز ينبغي أن يكون إلىٰ فئة قريبة ، وهـٰذا هو الذي ذكره **القاضي** ، وهـٰذا كلامٌ مبهم .

وأنا أرىٰ في هـٰذا تفاوتاً واختلافاً بيناً بين الطرق ، فنذكر ما فهمناه من معنى القرب علىٰ أقرب [معتبر][١] . ثم نذكر معنى التسوية بين القريب والبعيد ، فأما اعتبار القرب ، فلا ينبغي [أن ينزّل علىٰ مسافة القصر][٢] ، فإن هـٰذا لا أثر له في الغرض المطلوب ، بل معنى القرب أن يكون على القرب من المعترك فئة من المرابطين ، وجمعٌ من المسلمين ذوي النجدة والبأس ، [بحيث][٣] يقدّر التحيزُ إليهم استنجاداً بهم [حتىٰ يدركوا المسلمين وينجدوهم][٤] ، ولا يبعد أن يدركوهم والحرب قائمة .

هـٰذا معنى التحيز إلى الفئة القريبة ، وهـٰؤلاء يقولون إذا بعدت الفئة ، فليس التحيز إليهم استنجاداً في هـٰذا القتال ، وإنما هو تركُ القتال قصداً ، وعزمٌ على الجهاد يوماً من الدهر إذا اتفق العود ، ولو فتحنا هـٰذا الباب فنسوغ مثلَه للجند بأجمعهم ، وإن زادوا علىٰ عدد الكفار ، وهـٰذا يبعد على النسق الذي ذكرناه . وإذا حملنا التحيز على الاستنجاد بالفئة القريبة التي قد تلحق المعترك ، فهـٰذا قرين التحرف للقتال ، وقد ذكر الله تعالى التحرف والتحيز في قَرَنٍ . هـٰذا معنى القرب علىٰ هـٰذه الطريقة .

ومن جوّز الهزيمة علىٰ قصد التحيز إلى الفئة البعيدة ، فلا شك أنه فرار ناجز ، وكان القصدُ في العَوْد بخلاف[٥] المصابرة ، ويبطل علىٰ هـٰذا إطلاق القول بأن الجهاد يتعين المصابرة فيه ، ولا حاصل لذكر الضِّعف والزيادة عليه .

ولـٰكن يعترض في هـٰذا شيء حتىٰ لا يتسع الفتق ، وهو أن تجريد هـٰذا القصد ليس

---

(١) في الأصل : « من اعتبره » . وما أثبتناه هو المعهود في لفظ الإمام ، وهو المناسب للسياق .
(٢) في الأصل : « أن ينزل » علىٰ ما يقصر علىٰ مسافة القصر .
(٣) في الأصل : « فحيث » .
(٤) في الأصل : « حتىٰ يدرك المسلمين وينجدها » .
(٥) بخلاف المصابرة : أي مكان المصابرة وبديلاً عنها .

أمراً يمكن مخادعة الله فيه ، ووقوع إبرام العزم على العود في النفس من غير تردد إلا في مشيئة الله تعالىٰ لا يمكن تكلف تحصيله ، فهـٰؤلاء ـ من **الأصحاب** ـ سوّغوا الهزيمة إذا وجد المنهزم في نفسه العزمَ على العود ، ولا بدّ من التفريع على الطريقتين حتىٰ يتناهىٰ وضوح كل واحدةٍ منهما .

ي ١٥٤ **١١٣٣٩ـ** فأما من يجوّز الهزيمة إذا/ تحقق القصد في التحيز إلىٰ فئة ، فإنه يقول : لا يجب أن يشتغل بالعود والاستنجاد ، ولا يتعين الاستبداد في ترشيح جمع ، ولـٰكن إذا اتفق الجمع ، فهل يجب عليه الوفاء بالقصد الذي قدمه ؟ هـٰذا فيه نظر ؛ فإن إيجابه وقد انتهىٰ إلىٰ أقصى الشرق أو الغرب في حكم القضاء لأمرٍ فات ، وتصوير القضاء عسرٌ في الجهاد .

ومن ولّى الكفار دبره ، وباء بغضب من الله ، وتعرّض لأليم عقابه ، لا يلزمه أن يعود إلى الجهاد ، فكيف يلزم من قصد التحيز أن يحقق قصده ؟ ومن نذر الجهاد ، فسنذكر إن شاء الله تعالىٰ أن النذر لا يؤثر في الجهاد علىٰ طريقة ظاهرة . وكذلك إذا نذر الصلاة علىٰ ميت ، والقصد في العود لا يزيد على التصريح بالالتزام ، ويعترض في هـٰذا إشكال ، وهو أن القصد إذا لم يجب الوفاء به في حكم اللغو الذي لا حكم له ، فيجوز أن يقال : من فرّ متحيزاً ، فحق عليه أن يعود إذا أمكن العود ، ويجوز أن يقال : لا يجب ذلك ، ولفظ **الصيدلاني** في مجموعه : « أنه متىٰ فرّ علىٰ قصد أن يعود إلى الجهاد إذا وجد أعواناً وقوة ، فليس بعاصٍ ، وإنما العاصي من يفرّ علىٰ قصد ألا يعود ، بل يعصي إمامه إذا أمره بالعود » ، وظاهر هـٰذا يدلّ علىٰ أن قصده لا يغير من أمره شيئاً ، فإن الإمام مهما عين متمكناً من الجهاد ، لزمه أن يمتثل أمره . وبالجملة المسألة محتملة ، والاحتمال فيه ظاهر .

هـٰذا إذا وقع التفريع علىٰ أن التحيز إلى الفئة البعيدة يحطّ مأثم الفرار ، ووبال الهزيمة ، فأما إذا حملنا التحيز على الاستنجاد بالفئة القريبة التي يمكن منها إنجاد أهل هـٰذه المعركة ، فهـٰذا في نفسه مفهوم ، وليس فيه ما يبيح الفرار ، ومن آثار هـٰذه الطريقة أنه إذا لم يكن في القرب فئة ذات نجدة ، فتجب المصابرة ، ويحرم الفرار . ويتسق علىٰ هـٰذا المذهب وجوب المصابرة في معظم الصور ؛ فإن

كون[1] الفئة القريبة ليس يعم بالنسبة إلىٰ معركة القتال ، بحيث يتوقع منها تدارك أهل/ ١٥٤ ش المعركة .

ومما يجب الاعتناء به أنا إذا جوزنا التحيز إلى الفئة القريبة ، فالذي أراه أن هـٰذا إنما يجوز إذا استشعر المولِّي عجزاً من المسلمين مُحوجاً إلى الاستنجاد ، فأما إذا لم يكن كذلك ، وغلبهم غالب ، فلا معنىٰ للتحيز إلىٰ فئة ؛ إذ لا حاجة إلى التحيز ، بل الحاجة إلىٰ مصابرته أظهر ، فإن انهزامه قد يُقلّ[2] الجند ، فإن كان يبغي إنجاداً ، فلا ينبغي أن يُنْجز خرماً رقيقاً قد لا يُتدارك .

والذي أراه أن التحيز إلى الفئة البعيدة لا بدّ فيه من هـٰذا التفصيل ؛ فإن المولِّي لو كان يغلب على الظن أن انهزامه ـ وإن قصد التحيز ـ يُقلّ الجند ، ويقوي قلوبَ المشركين ، وقد يؤدي الأمر إلىٰ أن يتغشى الكفارُ المسلمين ، فلا يجوز التحيز هاهنا .

والتحرّف للقتال إن جرّ مثل هـٰذا ، فلا يجوز أيضاً ؛ فإن الإنسان قد يقصد التحرّف ثم لا يستمسك .

فهـٰذا ما عندنا في هـٰذا الفصل .

١١٣٤٠ـ ثم قال **الأصحاب** : المتحرّف للقتال مقاتل ، وهو [كالواقفين][3] أو كالمبارزين ، فلا شك أنه يشرك في المغنم ، والمتحيز إن ولّىٰ ، ثم انهزم الكفار قبل أن يفارق المتحيز جند الإسلام ، شارك في المغنم ، ولو فارق الجند مولِّياً متحيزاً ، [وانفض][4] القتال بعد انفصاله ، فهل يستحق من مغنم هـٰذا القتال ؟ فعلىٰ وجهين . هـٰكذا ذكره **الأصحاب** .

وأنا أقول : إن كان يتحيز إلىٰ فئة بعيدة ، فلا يحل تخيل ذلك ؛ فإنه منهزم قطعاً قبل الاستيلاء على المغنم ؛ فيستحيل أن يشترك لقصده أن يعود بعد سنة ؛ فإن ذلك

---

(١) كون : أي وجود .
(٢) يقلّ : بالقاف . من أقل الشيء جعله قليلاً .
(٣) في الأصل : « كالموافقين » . وهو تصحيف قريب .
(٤) في الأصل : « وانفصل » .

العود والفئةُ بعيدة ـ [إن][١] كان ـ لا تعلّق له بهـٰذا القتال ـ فلا يجرى الوجهان إذاً إلا إذا حملنا التحيز على الاستنجاد بفئة قريبة . فإذا فارق ، ولم يتصل بالفئة ، فأظفر الله المسلمين ، وانفصل القتال ، فإشراكه في المغنم محتمل ؛ لأنه من وجه ليس بمحارب/ وليس كالمتحرّف المداور المخادع ، ومن وجهٍ هو مستنجد ، ثم [يتضمن حكم][٢] هـٰذا الجند في هـٰذا المقام ما ذكرناه ، من تحريم الفرار مع استئثار التحرف إذا لم يزد الكفار على الضعف ، ولم يغلب على الظن غلبتُهم ، كما تقدم تفصيله .

ي ١٥٥

فأما إذا جوزنا الهزيمة ، فالمصابرة أولىٰ أم الهزيمة ؟ نُظر : فإن لم يغلب على الظن أن المسلمين يُغلبون ، فالمصابرة أولىٰ ، وإن جازت الهزيمة . وإن غلب على الظن أنهم يُغلبون ، فالأولى الهزيمة ، وترك التغرير بالأرواح ، وهل يجوز الثبوت ؟ نظر : فإن كان في الثبوت الهلاك المحض ، من غير نكاية في الكفار ، فلا يجوز . وإن لم يبعد النصرة والظفر ، ولو قُتل المسلمون ، فهو بعدُ نكاية ظاهرة في الكفار ، ففي وجوب المصابرة وجهان . ذكرهما العراقيون ، وهـٰذا منتهى القول في ذلك .

فَصْلٌ

قال : « ونصب رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ أهل الطائف المنجنيق . . . إلخ »[٣] .

١١٣٤١ـ هـٰذا الفصل يستدعي تقديم القول في نساء الكفار ، وصبيانهم ، وإنه هل يحرم قتلهم ، فنقول : قتل نساء الكفار وذراريهم من غير أن يصدر منهم قتال ، ومن غير غرض ظاهرٍ في القتال محرّمٌ ، وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في بعض الغزوات : « **الحقوا خالداً ، وقولوا له : لا تقتل ذرية ، ولا عسيفاً ، ولا امرأة ، ورأىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأةً مقتولة ؛ فتغير لونه ، وقال لمن بالحضرة :**

---

(١) في الأصل : « وإن » .
(٢) مكان كلمتين استحالت قراءتهما .
(٣) ر . مختصر المزني : ٥/ ١٨٥ .

أتراها كانت تقاتل ؟ »[١] فأبان أنها كانت تقتل إذا كانت تقاتل ، وعند ذلك قال : « الحقوا خالداً . . . » الحديث .

ثم تحريم قتل الكافرة والصبي الكافر ليس لحرمتهما ؛ إذ لو كان ذلك كذلك ، لوجبت الكفارة علىٰ قاتلهما ؛ فإن حرمات النفوس تمتحن بوجوب الكفارة ، فتحريم قتل النساء والذريّة ، يتعلق بالاستصواب الراجع إلىٰ طريق الإيالة ؛ من جهة أن سبيهنّ وإرقاقَهن أجدىٰ على المسلمين من قتلهن ، والاشتغالُ بقتال الرجال أولىٰ من الاشتغال بقتال النساء والصبيان .

وإن كان في [قتل][٢] النساء/ والصبيان من الكفار غرض ظاهرٌ في مقاصد القتال ، ١٥٥ ش نُظر : فإن لم يُقصدوا بأعيانهم ، ولـٰكن قُصدت القلعة بأسباب تعم آثارُها كالمنجنيق ، وإرسال المياه ، والرمي بالنيران ، وما في معانيها ، وكان لا يتأتى الفتح إلا كذلك ، أو كان لا يتيسر إلا كذلك ، والفتح بغير هـٰذه الجهة يعسر ويطول ، فيجوز التعلّق بهـٰذه الأسباب . روي : « **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق علىٰ أهل الطائف** »[٣] ، « **وشن الغارة علىٰ بني المصطلق ، وفيهم النسوان والصبيان** »[٤] فخرج

---

(١) حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى امرأة مقتولة فتغير لونه وقال : « أتراها كانت تقاتل » وأنه قال : « الحقوا خالداً وقولوا له : لا تقتل ذرية . . . » رواه أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه ، وأحمد ، وابن حبان ، والحاكم وصححه علىٰ شرط الشيخين ووافقه ، والبيهقي ، من حديث رباح بن الربيع (ر . أبو داود : الجهاد ، باب في قتل النساء ، ح٢٦٦٩ ، النسائي في الكبرىٰ : السير ، باب قتل العسيف ، ح٨٥٧١ ـ ٨٥٧٣ ، ابن ماجه : الجهاد ، باب الغارة والبيات وقتل النساء والصبيان ، ح٢٨٤٢ ، أحمد : ٣/ ٤٨٨ ، ابن حبان : ٤٧٦٩ ، الحاكم : ٢/ ١٢٢ ، البيهقي : ٩/ ٩١ ، التلخيص : ٤/ ١٩٢ ح٢٢١٥) .

(٢) في الأصل : « قتال » .

(٣) حديث « نصب المنجنيق علىٰ أهل الطائف » رواه أبو داود في المراسيل عن مكحول . ورواه الترمذي فلم يذكر مكحولاً وذكره معضلاً عن أبي ثور . قال الحافظ : ووصله العقيلي من وجه آخر عن علي . (ر . المراسيل لأبي داود ص٢٤٨ ح ٣٣٥ ، الترمذي : الأدب ، باب ما جاء في الأخذ من اللحية ، تحت الحديث رقم ٢٧٦٢ . التلخيص : ٤/ ١٩٦ ، ١٩٧ ح ٢٢٢٣ ، ٢٢٢٦) .

(٤) حديث شن الغارة علىٰ بني المصطلق متفق عليه من حديث ابن عمر رضي الله عنه (البخاري : العتق ، باب من ملك من العرب رقيقاً فوهب وباع وجامع وفَدىٰ وسَبى الذرية ، ح٢٥٤١ .
=

من ذلك ، أنه إذا ظهر الغرضُ ، وانضم إليه أن النسوان غير مقصودين بأعيانهم ، فلا مبالاة بهم ، وقد قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « **أنبيّت بلد العدوّ وفيه النساء والصبيان** » ، **فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم** : « **هم منهم** »[١] .

١١٣٤٢ـ أما إذا تعلّق غرضٌ بقتال النساء ، وكانوا مقصودين ، فالمقصود يتفصل بصورٍ نعدّها . ثم نذكر بعدها روابط : فإن تترسوا بصبيانهم ، ونسوانهم ، وهم مقيمون علىٰ مقاتلتنا ، وربما يزحفون إلينا ؛ فنقصدهم ولا نبالي بإصابة الأسلحة النساءَ والصبيان .

وإن كانوا يدفعون عن أنفسهم ، ولا يقاتلوننا ، واتخذوا النساء والصبيان تِرَسَةً وجَنَناً[٢] ، وكان لا يمكن قصد الرجال إلا بإصابة التِّرسَة ، فقد ذكر **الأصحاب قولين** ، واختلفوا في صيغتهما : فقال **القاضي** وطائفة : في جواز قتل النساء والصبيان **قولان** : [**أحدهما** ـ يجوز قصدهم ، كما يجوز نصب المنجنيق ، **والثاني** ـ المنع][٣] فإن المترّسين بهم ليسوا مقاتلين .

= مسلم : الجهاد والسير ، باب جواز الإغارة على الكفار الذين بلغتهم دعوة الإسلام، ح١٧٣٠).

(١) حديث « أنبيّت بلد العدو وفيه النساء » متفق عليه من حديث الصَّعْب بن جَثَّامَة (البخاري : الجهاد والسير ، باب أهل الدار يبيتون فيصاب الولدان والذراري ، ح٣٠١٢ ، مسلم : الجهاد والسير ، باب جواز قتل النساء والصبيان في البيات من غير تعمد ، ح١٧٤٥) .

(٢) التِّرسة جمع ترس ، والجنن : الساتر . (معجم) .

(٣) ما بين المعقفين زيادة من المحقق ، علىٰ ضوء المعنىٰ والسياق ، واستئناساً بما قاله الرافعي في الشرح الكبير ، وتمام عبارته : « لو تترسوا بالنساء والصبيان ، نظر : . . . وإن لم تكن ضرورة إلى الرمي والضرب ، بأن كانوا يدفعون عن أنفسهم ، واحتمل الحال تركهم . فطريقان :
أظهرهما أن فيه قولين : **أحدهما** ـ أنه يجوز قصدهم ، كما يجوز نصب المنجنيق على القلعة ، وإن كان يصيبهم ، وأيضاً لو امتنعوا بما صنعوا ، لا تخذوا ذلك ذريعة إلىٰ تعطيل الجهاد .
والثاني ـ المنع ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن قتل النساء والصبيان ، ونحن في غنية عنه والحالة هـٰذه ، وهـٰذا أصح عند القفال ، وكذلك حكاه الروياني ـ رحمه الله ـ ويميل إلىٰ ترجيح الأول .
والطريق الثاني ـ القطع بالجواز ، وردّ المنع إلى الكراهة ، ويحكىٰ هـٰذا عن أبي إسحاق ، وقد تورع في حكاية الكراهة عنه ، وذكر أن عنده يستحب التوقي عنه لا غير ، ومن أصحاب هـٰذه الطريقة من قال : في الكراهية قولان » (ر . الشرح الكبير : ١١/ ٣٩٧ ، ٣٩٨) .

[**والطريق الثاني** ـ القطع بجواز][1] إصابة النساء والصبيان تذرعاً إلىٰ قتل المترّسين ، وفي كراهية ذلك **قولان** .

وإذا جمعنا الطرق ، انتظم منها **أقوال** : **أحدها** ـ التحريم ، **والثاني** ـ الجواز من غير كراهية ، **والثالث** ـ رفع التحريم مع الحكم بالكراهية ، ثم إن كرهنا في هـٰذه الحالة ، [فإن كانوا متحصنين في قلعة][2] وأمكن فتح القلعة من غير سببٍ يعم النسوان والصبيان علىٰ يسير ، فلا يحرم نصب المنجنيق ، وفي الكراهية خلاف ، ولعل الأوجه الكراهية ، إذا كان الفتح متيسراً من غير هـٰذه الجهات .

فانتظم مما ذكرناه تحريم/ القتل من غير غرضٍ ومقصد إذا كان القتل مقصوداً ، ولا تحريم ولا كراهية إذا ظهر غرضٌ ، ولم يتجرّد القصد ، كما ذكرناه في نصب المنجنيق . ١٥٦ ي

وإن قصدوا بالقتل وكانوا اتخذوا النساء في القتال تِرسَة ، ولو تركناهم ، لخفنا مكروهاً ، فهاهنا لا بأس ولا كراهية ، بل لو كنا نخاف مكروهاً ، فيجب قتلهم .

وإن تترسوا في غير القتال دافعين عن أنفسهم ، فهـٰذا محلّ القولين ، ثم في صيغة القولين تردد ، ثم المنخول من الكلام الأقوالُ التي ذكرناها .

هـٰذا هو الترتيب المرضي ، وزاد **شيخنا وصاحب التقريب** مسلكاً آخر ، فقال : لو تترس المتحصنون بالقلعة بالصبيان والنسوان ، وتيسّر الفتح من غير رمي التِّرَسَة ، ففي جواز قصد التِّرَسة **قولان** : **أحدهما** ـ الجواز منعاً لهم من هـٰذه الحيلة ، وأيضاً فإنهم أقاموهم أسلحة ؛ فإن التِّرَسة من أقوى الأسلحة ، فهم المغرِّرون بهم .

فإن قيل : ذكرتم الترس من غير قتال ، ولم توضحوا تصوير ما تقولون في أصحاب القلعة إذا تترسوا ، وكانوا لا يرموننا بسلاح ، [هل][3] القول يختلف ؟ قلنا : نعم ، هـٰذه صورة القولين . فإن قيل : الفتح يعسرُ إذاً . قلنا : نعم ، إذا كانوا لا يقاتلوننا ،

---

(١) زيادة اقتضاها السياق ، وهو متصل بالحاشية قبله .

(٢) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

(٣) في الأصل : « إن » .

وكان لا يتأتى الفتح إلا بقتل التِّرَسة ، فنجاوز هـٰذه القلعة ، وتصوير هـٰذا عسر ؛ فإنهم إذا كانوا يقاتلون وراء التِّرَسة ؛ فإنهم يقتحمون ، وإن كانوا يقاتلون وراء التِّرسة ، فلا عصام حينئذٍ ، فقد اجتمع في هـٰذه الصورة طريقتان متضادتان : **إحداهما** ـ أنهم إذا كانوا لا يقاتلون ، فهل يجوز قتل النساء والصبيان ؟ فعلىٰ قولين . وإن كان الفتح لا يتأتىٰ إلا بقتلهم . هـٰذه طريقة . والأخرىٰ علىٰ مضادتها ، وهي أنا هل نقتلهم إذا كان الفتح يتأتىٰ من غير أن يقتلوا ؟ فعلىٰ قولين . فهـٰذا مجموع القولين في اختلاف الطرق .

وقد تمهد أصل المذهب في معنىٰ تحريم قتل النساء والصبيان .

١١٣٤٣ـ ثم إن **الأصحاب** ذكروا على الاتصال بهـٰذا الفصل كون المسلمين بين أظهر الكفار أو في قلاعهم ، والتفصيل فيه إذا تترسوا بأسارى المسلمين ، والغرض من هـٰذا/ يبين بذكر صور سبقت أمثالها في أطفال المشركين ونسائهم : ش١٥٦

فإن كان في القلعة التي نبتغي فتحها مسلم أو مسلمون ، وكان فتحها لا يتأتىٰ إلا بنصب المنجنيق ، والأسبابِ العامة ، نُظر : فإن كانت هـٰذه الأسباب تنال المسلمين في القلعة لا محالة ، فالوجه القطع بتحريم التمسك بهـٰذه الأسباب .

وإن كان فيهم مسلم أو أعداد قليلون ، وكان يغلب على الظن سلامتهم إذا كانوا متمكنين من التوقي ، ففي جواز نصب المنجنيق والحالة هـٰذه **قولان** : **أحدهما** ـ المنع لمكان المسلم ، وخيفةِ إفضاء الرمي إلىٰ إهلاكه ، وزوالُ الدنيا أهون عند الله من دم مسلم . **والثاني** ـ أنه يجوز لغلبة الظن في السلامة والدارُ دار حرب ، والكفار لا يعدِمون أسرىٰ من المسلمين يبدِّدونهم[1] في القلاع ، فيصير ذلك ذريعة إلى التحصّن عن جنود الإسلام .

هـٰذا تفصيل القول فيه إذا لم يكن المسلم معرّضاً لأسلحتنا بمرأىٰ منا ومسمع .

١١٣٤٤ـ وأما إذا تترس كافرٌ بمسلم ، نُظر . فإن كان المترس لا يبغي مقاتلتَنا ، وإنما يبغي الدفع ، فإن أمكن قصده مع توقي المسلم ، قُصد برمحٍ أو سيفٍ ، أو

(١) يبددونهم : يفرّقونهم .

غيرهما ، مما يتمكن فيه الإنسان من وضعه حيث يشاء ، وفي هـٰذا احتراز عن السهم ؛ فإنه غير موثوق به ، وإن كان لا يتأتىٰ قصد الكافر إلا بإصابة المسلم ، فلا يحل إصابة المسلم ، وإن كان الغرض مَنْ وراءه . هـٰذا إذا كان المتّرِس غيرَ مقاتل .

وإن كان يقاتل وراء المسلم الذي يتّرس به ، وعلم الواقف من المسلمين بإزائه أنه لو لم يقصد الترس ، لزحف إليه الكافر ، وأهلكه ، فلا يحل ـ مع هـٰذا التصوير ـ إصابةُ المسلم ، والغايةُ المحذورة أن يقتل الكافر المسلمَ ، وخوفُ الإنسان علىٰ نفسه لا يسلّط علىٰ قتل مسلم غيرِ جانٍ ؛ ولهـٰذا يحرم على المكرَه على القتل أن يقتل ، فلو قَتَلَ في حالة [الترس كما][1] صورنا ، باء بالإثم .

والأصح أن في استيجابه القصاص قولين ، كالقولين المذكورين في المكرَه ، ففي **أصحابنا** من قال : يجب القصاص على الذي/ قتل المسلم [الذي][2] يتّرس الكافر به ١٥٧ ي قولاً واحداً ، لأن فعل الكافر محطوط مرفوع من البَيْن ؛ من جهة أن الخطاب منقطع عنه ، فكان قتلُ المسلمِ المسلمَ مع ظهور الخوف بمثابة قتل المضطر مسلماً ليأكله ؛ فإن السبب منحصر في القتل . والأصح طريقة القولين ، ومن قطع بوجوب القصاص ؛ فإنه يقول لا محالة : لو أكره حربيٌّ مسلماً علىٰ قتل مسلم يجب القصاص على المكرَه قولاً واحداً ، وهـٰذا بعيدٌ لا أصل له ، ولا تعويل عليه .

١١٣٤٥ـ وتمام البيان في هـٰذا يتعلّق بشيء ذكره **العراقيون** وذلك أنهم قالوا : التترس بالمسلمين إذا لم يكن عند التقاء الزحفين ، فالتفصيل فيه كما ذكرناه ، والصفوف قارّة في مقارّها ، فأما إذا التف الصف بالصف ، فتترس الكفار بأسرى المسلمين ، وكان لا يتأتىٰ مقاومة الكفار ما لم نُصب أسرى المسلمين ، ففي جواز الإصابة منهم وجهان ، ذكرهما **العراقيون** ، وهـٰذا يحتاج في تصويره إلىٰ مزيد كشف ، فما ذكروه فيه إذا كان الانكفاف عن الأسرىٰ يُفضي إلىٰ أن يُصطلم جند الإسلام ، ثم يختل بانفلالهم ركنٌ عظيم ، فهـٰذا يتعلق بأمرٍ كلي ، ولا يبعد أن نُجري الأمر في

---

(١) في الأصل : « الضرورة بعدما » .

(٢) سقطت من الأصل .

أشخاصٍ من أسرى المسلمين علىٰ مساهلة وتهوين ؛ إذ لو لم نفعل هٰذا ، لجرّت الحالة خَرْماً عظيماً في أمرٍ كلي ، وحفظُ الكليات أولىٰ من حفظ الجزئيات .

فانتهض مما ذكرناه **قسمان في التقسيم الأول** : **أحدهما** ـ أن يكون المسلمون في القلاع ، وقد فصلنا ذلك علىٰ بيان شافٍ ، **والقسم الثاني** ـ فرضُ قتل المسلم إذا تترس به الكافر ، وهٰذا ينقسم إلىٰ فرض محصورين من الغزاة في مقابلة مترسين ، ولو هلك الغزاة ، لم ينخرم أمرٌ كلي ، وإنما هو إتلاف أشخاص ، وإبقاء أشخاص ، فلا يجوز إصابة المسلمين علىٰ ما تفصّل ، والآخر أن يُفرض التترس عند التفاف الزحفين ، وكان بحيث لو ترك التعرض للتِّرسة ، لخيف عليه اصطلام [الجند][1] وانخرام أمر كلي ، فهٰذا/ موضع التردد في جواز قصد المسلم ، كما حكيناه عن **العراقيين** . ش ١٥٧

وقد نجزت قواعد الفصل ، وأعاد **الأئمة** في هٰذا المقام فصولاً قدمناها في الجنايات والديات ، ومهدنا أصولها ، ونحن نجتنب المعادَ جهدنا ، ولٰكني أرىٰ إعادة تلك الفصول لترتيبٍ حسنٍ ألفيناه **لصاحب التقريب** .

١١٣٤٦ـ فنقول : ذهب **صاحب التقريب** إلىٰ أن الغازي إذا رمىٰ سهماً إلىٰ صف الكفار في دار الحرب ، فأصاب سهمُه مسلماً : نُظر . فإن لم يَعرِف أن فيهم مسلماً ، فإذا فيهم مسلم ، ولم يسدّد سهمَه إليه ، ولٰكن [حاد][2] السهم ، ومال إليه ، فأهلكه ، فلا تجب الدية في هٰذه الصورة ، وتجب الكفارة .

ولو علم أن فيهم مسلماً على الجملة ، وسدّد سهمه نحوه[3] ، [فأطنه][4] ، فمات ، قال **صاحب التقريب** : تجب الدية في هٰذه الصورة قولاً واحداً ، ولا يجب القود . ولو علم أن فيهم مسلماً ولم يقصده في عينه ، وإنما قصد غيره ، ولٰكن أصابه

---

(١) في الأصل : « الحد » .
(٢) في الأصل : « صاب » . وهو عكس المعنى المقصود .
(٣) وهو لا يعلم أنه المسلم الذي في صفهم .
(٤) في الأصل : « فطنّه » ، ولم أجده متعدياً إلا بالهمزة . وأطنَّه : أي قطع ساقه (قاموس ومعجم) وهنا بمعنىٰ قتله .

سهمه ، ومِنْ قَصْده[1] الكفار ، فتجب الرقبة ، وفي وجوب الدية قولان في هـٰذه الصورة . هـٰذا ترتيب **صاحب التقريب** ، وهو حسن .

فإن قيل : أليس ذكر **الأئمة** أن من قتل مسلماً علىٰ زي مشرك في دار الحرب ، فلا قود ، وفي لزوم الدية قولان ، وقد قطع **صاحب التقريب** أنه إذا قصده فقتله ، يلتزم الدية ؟ قلنا : يمكن أن يقال : لا اختلاف بين الطرق في ذلك ، والترتيب أن نقول : إذا اجتمع شيئان[2] ، فتجب الدية قولاً واحداً ، وإن فُقدا ، لم تجب قولاً واحداً ، وإن فقد أحدهما دون الآخر ، ففي وجوب الدية قولان .

وبيان ذلك أنه إن علم أن فيهم مسلماً ، واجتمع مع ذلك أنه قصده ، وقتله ، فتجب الدية قولاً واحداً ، وإن حسبه كافراً . ولو عُدم الشيئان جميعاً ، فلم يعلم أن فيهم مسلماً ، ولا قصد عينه ، ولـٰكن أخطأ السهم إليه ، ففي هـٰذه الصورة لا تجب الدية قولاً واحداً ، وإن قصده ، فقتله جاهلاً ، ولم يعلم أن فيهم مسلماً على الجملة ، ففي وجوب الدية قولان ؛ فإنه وُجد أحد الشيئين ، وهو قصد القتل ، وعُدم الثاني ؛ فإنه لم يعلم/ أن فيهم مسلماً ، وبمثله لو علم أن فيهم مسلماً ، ولم يقصده في عينه ، ولـٰكن أخطأ السهم ، ففي لزوم الدية قولان لوجود أحد الشيئين ، وهو علمه أن فيهم مسلماً ، ولم يقصده في عينه . ١٥٨ ي

وما ذكره **الأئمة** من القولين فيه إذا قتل شخصاً مقصوداً ، يمكن حمله علىٰ ما إذا لم يعلم أن فيهم مسلماً ، فيتجرد القصد ، فهو أحد الشيئين . هـٰذا بيان هـٰذه الطريقة .

ولـٰكن ذكر جماعةٌ من **الأصحاب** قولين فيمن قتل مسلماً ظنه كافراً علىٰ زي الكفار في لزوم الدية ، ودلّ كلامهم علىٰ أنه لا فصل بين أن يعلم أن فيهم مسلماً أو لا يعلم ، وهـٰذا فصلٌ قد قدّمته ، ولـٰكني أحببتُ إعادته للضبط الذي أشرنا إليه .

ثم كل من قتل شخصاً خطأ ، فالدية علىٰ عاقلته ، فإن لم يكن في القتل خطأ ، ولـٰكن درأنا عنه القصاص ، لا لمعنًىٰ في الكفاءة ، ولـٰكن لجهل كما صورناه ، فإذا

---

(١) المعنىٰ : وكان قصده الكفار .

(٢) شيئان : هما : علمه بوجود المسلم والثاني قصده بالقتل (من غير علمٍ بأنه المسلم طبعاً) .

ألزمناه الدية ، فهي عليه ، أو علىٰ عاقلته ؟ فعلىٰ قولين ، فإذا قتل مسلماً في دار الحرب علىٰ زي مشرك ، وظنه مشركاً ، أو قتل الجلاد من استوجب القصاص ، ثم وضح أن مستحق القصاص كان عَفَا عن القصاص ، فإذا ألزمنا الدية علىٰ تفصيل فيه ، فهي عليه أم على العاقلة ؟ فعلىٰ قولين ، وهـٰذا يطّرد في كل قتلٍ لا خطأ في عينه ، وإنما سبب اندراء القصاص ظنٌ وحسبان في[1] القاتل .

فَصْل

قال : « فأما قطع نخيلهم ، وإحراقُ أموالهم . . . إلىٰ آخره »[2] .

١١٣٤٧ـ إذا أراد المسلمون قطع النخيل التي في دار الكفر ، وإحراق الأموال ، نُظر : فإن كانوا يرجون أن تصير للمسلمين ، لم يجز . وإن بعد الرجاء فيه ، جاز ذلك ، ولـٰكن علىٰ شرط ألاّ يلهيَهم ذلك عن الاشتغال بالأهم ، وهو القتال والتشمير لوجوه الحزم فيه ، وقد روي « **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع نخيلاً بخيبرَ والطائف** »[3] ، « **وأمر بقطع نخيل بني النضير ، فنادىٰ واحدٌ من الحصن : إن هـٰذا فسادٌ يا محمد ، وإنك تنهىٰ عن الفساد ، فتركه** »[4] .

وفي هـٰذا الفصل استدراك ؛ فإن اليأس عن مصير الأشجار للمسلمين غير ممكن ، حتىٰ يخصص القطعُ بها ، وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم/ قطع نخيلاً بخيبر والطائف ، ثم صارت الناحيتان في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم للمسلمين ، فقد يغمُض علىٰ ذلك إطلاق القول بأن قطع النخيل لا يجوز حيث نرجو أن

ش ١٥٨

---

(١) في : مرادفة لـ(من) ، قاله ابن هشام في المغني .

(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٨٥ . وهـٰذا معنىٰ كلام الشافعي وليس لفظه .

(٣) خبر قطع النخيل بالطائف رواه البيهقي عن عروة بن الزبير عن موسى بن عقبة (٩/ ٨٤) وقال الحافظ : رواه ابن إسحاق في المغازي (التلخيص : ٤/٢٠٧ ح ٢٢٥٤) . وخبر قطع نخيل خيبر رواه الشافعي في الأم (٤/ ١٤١ ، ٢٤٤) .

(٤) حديث « قطع نخيل بني النضير ، وقولهم : يا محمد هـٰذا فساد . . » أخرجه البيهقي في دلائل النبوة (٣/ ٣٥٥) عن مقاتل بن حيان ، وابن هشام في السيرة عن ابن إسحاق ٣/ ١٤٤ ، وأخرجه السيوطي في الدرّ المنثور وعزاه لابن مردويه عن ابن عباس (٦/ ٢٧٨) .

يصير للمسلمين ؛ فإنها ليست مملوكة لنا في الحال ، وليست لها حرمة الحيوانات ، فالكراهية أَلْيق بهـٰذا المقام من التحريم . والله أعلم .

ويمكن أن يقال : ما يتعلّق بالاستصواب ، ويرتبط برأي الإمام ، فما يراه صواباً ، لا يجوز لنا مخالفته ، كما لا يترك الولي ما يظنه غبطة للطفل . وفي المسألة احتمال علىٰ حالٍ . والعلم عند الله تعالىٰ .

١١٣٤٨ـ وإن أدركونا ، وفي أيدينا نساؤهم وصبيانهم ، وعلمنا أنهم يستردونها[١] ، فلا يجوز لنا أن نقتلهم لنغيظهم ، وفي مثل هـٰذا المقام ، تحرق الأموال ، ويقطع النخيل ، ولا نبالي .

ثم قال **الأئمة** : كما لا يحلّ لنا قتل النساء والولدان إذا أدركونا ، فكذلك لا يحل لنا قتل البهائم رعايةً لحرمة الروح بخلاف الأموال والأشجار المثمرة وغير المثمرة ، ويجوز عقر الفرس تحت الكافر ؛ فإنه قد لا نتوصل إلى الكافر إلا بذلك ، والفرس أداتُه وآلته ، والأخبار في عقر الأفراس تحت الأبطال مشهورة .

فَصْلٌ

قال : « وإنما تركنا قتل الرهبان اتباعاً لأبي بكر الصديق . . . إلىٰ آخره »[٢] .

١١٣٤٩ـ أصحاب الصوامع [والبيَع][٣] والرهابين والشيوخ الذين لا رأي لهم ، والزمنىٰ والعسفاء ، وهم الأجراء والحرّاثون المشتغلون بشغلهم في الحراثة هل يجوز قتلهم ؟ فعلىٰ قولين : **أحدهما ـ** لا يجوز . وبه قال **أبو حنيفة**[٤] في أظهر الروايتين عنه . **والقول الثاني ـ** يجوز قتلهم .

---

(١) كذا . والتأويل قريب .

(٢) ر . مختصر المزني : ٥/ ١٨٦ .

(٣) مكان كلمة استحالت قراءتها (انظر صورتها) .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٢٨٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٤٥٥ مسألة ١٦١٠ ، المبسوط : ١٠/ ٢٩ ، ٦٤ ، فتح القدير : ٥/ ٢٠١ ، ٢٠٢ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٢٩٥ .

توجيه القولين : من منع القتل ، احتج بما روينا : « **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الحقوا خالداً ، وقولوا له : لا يقتل عسيفاً ولا امرأة** » ؛ ولأن هـٰؤلاء ليسوا من أهل القتال ، فكانوا كالنسوان والصبيان .

ومن قال : إنهم مقتولون ، احتج بقوله صلى الله عليه وسلم : « **اقتلوا شيوخ المشركين ، واستحيوا شَرْخَهم** »[1] والشرخ الشباب .

ي ١٥٩ ثم اختلف **أئمتنا** في وجه تنزيل القولين في الشيخ ، فذهب/ **المحققون** إلىٰ أنهما يجريان في الشيخ الفاني الذي لا يرجع إلىٰ بطش ، ولا إلىٰ رأي ، فأما من كان صاحب رأي ، فهو مقتول قولاً واحداً . **ومن أصحابنا من أجرىٰ** القولين في الشيخ ذي الرأي ، إذا لم يكن من أهل القتال ، وهـٰذه الطريقة ضعيفة . ثم لا ينتهي صاحبها إلى الانكفاف عن قتل شيخ حضر الواقعة ، وكان يدبّر الجند أو يَصلُح[2] له ، فمثل هـٰذا مقتول ، ويدلّ عليه قصة **دريد بن الصِّمة** . وقيل : إنه كان ابنَ مائة وخمسين سنة ، **فقتل في غزوة أَوْطاس**[3] . فأما إذا حضر الواقعة شيخ لا يرجع إلىٰ بطش ، ولا إلىٰ رأي ، فيجوز إجراء القولين فيه ، ولا يمتنع القطع بقتله ؛ لأنه بحضوره ، ووقوفه مقاتلٌ .

١١٣٥٠ـ ثم إن قلنا : هـٰؤلاء مقتولون ، فلا شك أن سبيلهم سبيل المقاتلين ، فتغنم أموالهم ، وتسبي ذراريهم ، ونساؤهم .

وإن قلنا : لا يقتلون ، فكيف سبيل الرق فيهم ؟ حاصل ما ذكره **الأئمة** في التفريع علىٰ هـٰذا القول ثلاثة أوجه : **أحدها** ـ أنهم يَرِقون بنفس السبي كالنساء والذراري . **والثاني** ـ أنهم لا يَرِقون بنفس الوقوع في الأسر كالمقاتلة من الرجال ، ولـٰكن للإمام

---

(١) حديث « اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم » رواه أبو داود ، والترمذي وقال : حسن صحيح غريب ، وأحمد ، والبيهقي . وقد ضعفه الألباني (ر . أبو داود : الجهاد ، باب في قتل النساء ، ح٢٦٧٠ ، الترمذي : السير ، باب ما جاء في النزول على الحكم ، ح١٥٨٣ ، أحمد : ٥/ ١٢ ، ٢٠ ، البيهقي : ٩/ ٩١ ، ضعيف سنن أبي داود : ح٢٦٧٠ ، ضعيف سنن الترمذي : ح١٦٤٨ التلخيص : ٤/ ١٩٣ ح٢٢١٧) .

(٢) يصلح له : أي يصلح للتدبير . والمعنىٰ سواء كان يمارس التدبير فعلاً أو يصلح له .

(٣) حديث مقتل دريد بن الصمة . متفق عليه من حديث أبي موسى الأشعري (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٣/ ١٦٩ ح١٦٢٤) .

إرقاقهم ، وليس له قتلهم ، **والوجه الثالث** ـ أنهم لا يَرِقون ولا يُستَرقُّون ، وكأن هـٰذا القائل يلتفت إلىٰ ما يقتضي الاحترام فيهم . وهـٰذا سخيفٌ لا أصل له ؛ إذ ليس للعسيف ما يوجب إجلالَ قدره ؛ فإذا كانت النسوة ـ علىٰ أنهن لا يقتلن ـ يجري الرّق عليهن ، فالامتناع من إجراء الرق على العسفان بعيد .

وإن ظن ظانٌّ أن منع جريان الرق يختص بالرهابنة ، فهـٰذا فيه تعظيم الكفر ، ولا سبيل إليه ، [في حق المذهب ، وهو مُمعنٌ في ترفيه][1] الكفر وقد يشير فحوىٰ قوله تعالىٰ : ﴿لَّهُدِّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ﴾ [الحج : ٤٠] إلىٰ ما يقرب من معنى الاحترام والله أعلم .

ثم إن كان يجري هـٰذا في الرهابنة ، فلا وجه لطرده في العسفان .

ثم إن قلنا : يجري الرق عن[2] هـٰؤلاء ، فتسبىٰ نساؤهم وذراريهم ؛ فإن إجراء الرق عليهم تملُّك رقابهم ، فإذا لم يبعد هـٰذا ، لم يبعد تملك أموالهم ونسائهم/ وذراريهم . ١٥٩ ش

وإن قلنا : لا يجري الرق عليهم ، فهل تغنم أموالهم ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ لا تغنم ، وهـٰذا ضعيف سخيف ، مستنده تعظيم الرّهابنة ، وتقدير [الشرك جهةً][3] حاقنة عاصمة ، ومن كثر صغوه إلىٰ هـٰذه الجهة ، فإنما يقترب من ورطة مُخْطِرة ، فالأولى الميل إلىٰ إخراجهم من أحزاب المقاتلة ، وهـٰذا يجب ألا يمنعَ اغتنامَ الأموال ؛ فإن أموال النساء والصبيان مغتنمة ، والحقُّ أَوْلىٰ متّبع ، وهـٰذا [تخبُّط جاء من][4] الامتناع من إرقاقهم ، ولو ثبت ذلك ـ وهيهات ـ فلا محمل [له][5] إلا الاحترام ، ويجري علىٰ قياسه المنع من اغتنام الأموال على التضيق . وذكر **القاضي** في بعض التعاليق قولاً : إن

(١) عبارة الأصل مضطربة وغير مستقيمة ، فقد جاءت هـٰكذا : « ولا سبيل إليه **والترتيب معهر في تربية الكفر** » (انظر صورتها) والمثبت من (البسيط : ٥/ ورقة : ١٥٩ يمين) .

(٢) عن بمعنىٰ (علىٰ) قاله ابن هشام في المغني ، وعليه قوله تعالىٰ : ﴿فَإِنَّمَا يَبْخَلُ عَن نَّفْسِهِ﴾ [محمد : ٣٨] .

(٣) في الأصل : « الترتيب دمه » والمثبت مكانه من تصرف المحقق .

(٤) عبارة الأصل : « وهـٰذا **محط إلىٰ** من الامتناع من إرقاقهم » .

(٥) زيادة من المحقق .

ذراريهم لا تسبىٰ ، ونساؤهم يسبون ، ولا يكاد يتضح الفرق[١] بين الذراري والنساء .

وكان **شيخنا** يذكر طريقين في السُّوقة الذين لا يتعاطَوْن الأسلحة ، ولا يمارسون القتال ، وينزلهم منزلة العسفاء ، وهـٰذا وإن كان يتجه ، فلم يتعرّض لذكره أحد من **الأئمة** ، وإذا طردنا القولين فيهم ، فالمقتولون من الكفار الأقلون ، ومن قال في التفريع على القولين : لا تغنم أموال السوقة ، فقد قرب من خرق الإجماع . هـٰذا منتهى الفصل .

فَصْلٌ

١١٣٥١ـ المسلم إذا نكح حربية في دار الحرب ، ففي استرقاقها **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ أنه لا تسترق لحرمة المسلم ، ولما له من العصمة ، والعُلقة فيها . **والوجه الثاني** ـ أنها مسترقة ؛ لأنها حربية ، والرق يرد على الرقبة ، وحق المستمتع يتعلّق بالمنفعة . فلا تَضاد ، فإن الموردين متغايران .

ولو أعتق المسلم عبداً كافراً والتحق بدار الحرب ، وعليه ولاء المسلم ، فالذي ذهب إليه الأكثرون أنه لا يسترق ؛ فإن في استرقاقه قطع ولاء المسلم عنه ، والولاء إذا ثبت ، لزم ، فلم يقبل القطع ، والنكاح عرضة للفسخ ، فلا يمتنع انتفاؤه بسبب الاسترقاء ، كما سنوضح ذلك في التفريع . إن شاء الله .

وذكر **صاحب التقريب** أن من **أصحابنا** من أجرى الوجهين في استرقاق مُعتَق المسلم ، وهـٰذا غريب/ . ي ١٦٠

وكان **شيخنا** يقول : الزوجة الحربية للذمي مسبية ، ومعتَقُه لو التحق بدار الحرب هل يُسبى ؟ فعلىٰ وجهين . ومعتَق المسلم لا يُسبىٰ ، وزوجته هل تسبى ؟ فعلىٰ وجهين ، ويُثبت الخلافَ في الزوجية والولاء جميعاً .

ثم ما ذهب إليه **الأصحاب** ، واختاره **صاحب التقريب** لنفسه أن زوجة المسلم إذا

---

(١) أشار الغزالي إلى الفرق بين الذراري والنساء ، فقال : « لأن ذراريهم كأجزائهم » (ر . البسيط : ٥/١٥٦ يمين) .

سبيت ، انقطع النكاح بجريان الرّق على الزوجة ، كما لو سبيت زوجة الحربي ؛ فإن الإقهار بالإرقاق قطع الحقوق عن المسترقَّة ، ولا فرق في ذلك بين زوجة الحربي وزوجة المسلم .

وحكىٰ **صاحب التقريب** وجهاً ضعيفاً أن زوجة المسلم إذا سبيت ، انقطع النكاح بجريان الرّق على الزوجة ، كما لو سبيت زوجة الحربي ؛ فإن الإقهار بالإرقاق قطع الحقوق عن المسترقة ، ولا فرق في ذلك بين زوجة الحربي وزوجة المسلم .

وحكىٰ **صاحب التقريب** وجهاً ضعيفاً أن زوجة المسلم إذا سبيت ، تصير رقيقة بالسبي ، وتبقىٰ منكوحة للمسلم ، وزعم هٰذا القائل أن ذلك ممكن ، وإذا أمكن الجمع بين ثبوت الرق ، وبين استبقاء النكاح ، وجب القضاء بالأمرين . نقل هٰذا الوجهَ وزيّفه ، ونسب **الأصحابُ** إليه ، [اختيارَ هٰذا الوجه الضعيف][(١)] ، وما أنصفوه ؛ فإنه وافق في تضعيفه ، واختار ما عليه **الأصحاب** ، والخللُ في كتابه أنه لم ينبه علىٰ وجه التزييف .

[وقال][(٢)] **المحققون** : لا تسبىٰ إلا كافرة ، والأمة الكتابية يستحيل نكاح المسلم عليها دواماً وابتداء ، وهٰذا متجه لا دفع له ، إلا أن يشترط صاحب هٰذا الوجه أن يزول الرق في مدة العدّة ، إذا كانت مدخولاً بها ، كما يشترط زوال الردّة في العدّة ، إذا تقيد النكاح بالمسيس ، ولم يصر إلى اشتراط هٰذا صاحب هٰذا الوجه ، بل زعم أن النكاح يستمر ، وهٰذا يبعد ، وما يتجه في تضعيف هٰذا الوجه ما ذكرناه من أن الإرقاق اقتهارٌ يقطع كلَّ استحقاق . وقد ينفصل صاحب هٰذا الوجه عن زوجة الحربي ، فإن الحربي مُقهَر في جميع أملاكه بخلاف المسلم ، وهٰذا لا بأس به ، إن اشترط زوال الرق في العدّة ، وإذا سُبي الزوج والزوجة الكافران انبَتَّ النكاح ، وكذلك إذا سبي أحدهما ، لم يختلف **أصحابنا** في شيء من ذلك .

وإنما حكىٰ **صاحب التقريب** الوجه الغريبَ في زوجة المسلم ؛ من حيث إنه غير مغلوب علىٰ حقه ، وغائلة ذلك الوجه ما نبهنا عليه .

---

(١) في الأصل : « واختيار هٰذا الوجه ضعيف » .
(٢) في الأصل : « فقال » .

١١٣٥٢ـ ولو غنمنا زوجاً رقيقاً وزوجة رقيقة ، كانا رقيقين في دار الحرب ، فهل يرتفع النكاح بينهما ؟ ذكر **الأصحاب** وجهين مشهورين/ والذي يبتدره الفقيه ارتضاءً واختياراً إبقاء النكاح ؛ فإنّ تبدّل الملك عليهما بالاغتنام بمثابة تبدل الملك على الزوجين الرقيقين المسلمين بالبيع والإرث وغيرهما . ش ١٦٠

فإن قيل : فما وجه قول من يقول بارتفاع النكاح ؟ قلنا : وجهه أن سيّد الأمة يَغْلِبُ قهراً علىٰ رقبة الأَمَة ، ويمنعه بُضعها ، وكان يترتب استباحة الزوج علىٰ ملك المولىٰ ، والانتقال بالأسباب الناقلة في الإسلام تجري علىٰ مذهب الخلافة ، والسبيُ في حكم الإعدام للأول ، وإخراجه من البَيْن ، وليس القاهرُ بالاغتنام والسبي خلفاً للمقهور . والأصح الوجه الأول .

ثم قال **المحققون** : لو كان الزوج والزوجة الرقيقان لأهل الحرب مسلمين ، فغُنما ، فالوجهان يجريان في انفساخ النكاح ، كما ذكرناه .

ورأيت **الأئمة** قاطعين بأن المسلم إذا استأجر داراً استئجاراً صحيحاً من دور أهل الحرب ، ثم غُنمت تلك الدار ، وجرىٰ عليها ملك الاغتنام قهراً ، فحق إجارة المسلم لا ينقطع ، وهـٰذا يعضد الوجه الغريب الذي حكاه **صاحب التقريب** في منكوحة المسلم ، ولـٰكن المنكوحة تمتاز عن الدار المستأجرة بما ذكرناه من امتناع النكاح دواماً وابتداءً على الأمة الكتابية ، كما سبق تقريره ، ومثل هـٰذا لا يتحقق في الإجارة . هـٰكذا ذكره **العراقيون** .

وإذا قلنا : اغتنام الزوجين الرقيقين يوجب انقطاع النكاح بينهما ، فلا يبعد أن نحكم بانفساخ الإجارة إذا غنمت الدار تحقيقاً لما ذكرناه من امتياز الملك بالقهر عن غيره من جهات التناقل .

١١٣٥٣ـ والذي يختلج في نفس الفقيه أن المسلم إذا نكح حربية ، فقد أمّنها ، والأمان يثبت العصمة ، فكيف يجوز سبيها ؟ [وهـٰذا][1] لا حقيقة له ؛ فإن الأمان إن صح يستحيل أن يَثْبُت مؤبداً ، كما سنصفه ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ في قاعدة الأمان على

---

(١) في الأصل : « فهـٰذا » .

الاتصال بهـٰذا ـ والنكاح مؤبدٌ ، فإن ردّ السائل سؤاله إلىٰ أنه هل يجوز سبي زوجة المسلم على الاتصال بالنكاح ؟ أم تترك ولا تسبىٰ إلى المدة التي يجوز امتداد الأمان إليها ؟ قلنا : لا سبيل إلىٰ هـٰذا التفصيل ؛ فإن من ينكح زوجة/ ليس يبغي عقد الأمان لها ، وإنما يبغي له منكوحة أبداً ، وليس في نكاحه إياها أمان إلىٰ أمدٍ مع مزيد ، بل القصد في النكاح علىٰ نسقٍ واحد ، فإذا كان لا يمتنع السبي بعد مدة ، فلا يمتنع السبي على الاتصال ، وقد انتجز الغرض من الفصل .

١٦١ ي

فَصْلٌ

قال : « وإذا أمّنهم مسلم حُرّ بالغ . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٣٥٤ـ الأمان نوعان : عام وخاص ، والعام منه يختص بالولاة ، وهو عقد الأمان لأهل بلدةٍ ، أو ناحيةٍ ، وسيأتي تفصيل ذلك في الباب المعقود لعقد المهادنات ، إن شاء الله تعالىٰ .

وأما الأمان الخاص ، فمعناه عقد الأمان لشخص أو أشخاصٍ معدودين علىٰ ما سنقرر ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ في ذلك ضبطاً . وهـٰذا مقصود الفصل ، فنذكر من يصح أمانه ، ثم نذكر حكمَ الأمان ، ثم نذكر ما يحصل به الأمان ، ثم نذكر أمد الأمان .

فأما من يصحّ منه عقد الأمان ، فهو المسلم المكلف ، فالإسلام لا بدّ منه لينفذ تصرّفه على المسلمين . والمكلف ذكرناه لتصحيح العبارة[٢] ، ويصحّ الأمان من العبد المسلم ، سواء أذن له مولاه أو لم يأذن ، ومعتمد المذهب الذي عليه تنشأ المسائل والتفاريع أن [من][٣] كان من أهل الذب عن الإسلام بالقتال ، فهو من أهل الأمان ، إذا صحت عبارته ، أو نفذت إشارته ، والعبد من أهل القتال ، ولـٰكنه مستوعَب المنافع لحق المولىٰ ، ولو استمكن من تردية كافرٍ من شاهق في أثناء تردداته في مآرب السيد وحاجاته ، فلا حرج عليه ، وإذا وطىء الكفار بلاد الإسلام ، فقد

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨٧ .
(٢) المعنىٰ أن غير المكلف لا تصح عبارته .
(٣) ساقطة من الأصل .

نقول : يتعين على العبد الكائن في الناحية أن يستفرغ وُسعه في الذَّب .

ومما تجب الإحاطة به في تحقيق الأمان أن الكافر يستفيد أماناً من المسلم الذي أمَّنه ، وأَمَنة المسلم أيضاً . والأمان نقيض الإرهاب بالقتال ، ولو ترك القتال ـ إذا لم يكن متعيناً ـ [فالحاجات][1] تمس إلى التردّدات في أقطار ديار الكفار إلى الأمان . ثم إذا انتظم الأمان ، اقتضىٰ ذلك العموم ؛ فإن من يحرم علىٰ مسلم قتله ، فالمسلمون أجمعون بمثابته ، والمحجور/ عليه لسفه كالمطلق . والمجنون ليس من أهل الحل والعقد ، والذي قطع به **الأئمة** أن الصبيّ كالمجنون في أنه لا يصح منه عقد الأمان .

ش ١٦١

وذكر **بعض المصنفين** أن الأمان يصح [من][2] الصبي المميّز ؛ فإنه لا ضرار فيه ، ولا تبعة ، فكان كالوصية والتدبير ، وهـٰذا بعيدٌ لا أصل له .

والمرأة كالرجل في صحة الأمان ؛ فإنها على الجملة ـ وإن كانت لا تقاتل ـ من أهل إعانة الرجال على القتال بالرأي والمال . وكذلك القول في الزَّمْنىٰ والشيوخ . وقد أجارت **زينب** زوجَها **أبا العاص** ، وذكرت ذلك لما تحلل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صلاة الصبح ، فقال صلى الله عليه وسلم : « **أجرنا من أجرت** »[3] . هـٰذا تمام القول فيمن يكون من أهل الأمان .

١١٣٥٥ـ فأما حكم الأمان ، فالذي انعقد له الأمان لا يُتعرض له ، وللمال الذي معه ، وأما أمواله الغائبة عنه ، فمطلق الأمان لا يتضمن عصمتَها ، فتغنم حيث تصادَف ، وأما الأموال التي معه ، فإن جرىٰ لها تعرّض في الأمان ، اشتمل عليها الأمان ، وإن لم يجر لها تعرّض ، وإنما قال المسلم : أمنتك ، فالرأي الظاهر اختصاص الأمان بحقن دمه وعصمة رقبته من السبي ، والأسر . وليس هـٰذا كعقد

---

(١) في الأصل : « والحاجات » .
(٢) في الأصل : « في » .
(٣) حديث إجارة زينب لزوجها العاص بن الربيع رواه أحمد وأبو داود والحاكم والبيهقي من حديث عائشة رضي الله عنها (ر . المسند : ٦/ ٢٧٦ . أبو داود : الجهاد ، باب في فداء الأسير بالمال ، ح٢٩٦٢ ، الحاكم ٣/ ٢٣٦ ، البيهقي : ٦/ ٣٢٢ ، التلخيص : ٤/ ٢٠٣ ح ٢٢٤٤) . وقد حسنه الألباني في الإرواء : ٥/ ٤٣ ح ١٢١٦ .

الذمة ؛ فإن مطلقه يتضمّن عصمة الأموال ، كما سيأتي ذلك مشروحاً ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ في كتاب الجزية .

وشبّبَ بعض **أصحابنا** بأن الأمان يتناول الأموال التي هي مع الكافر ، وسلك فيه مسلك التقرير ، فقال : يبعد أن يجوز سلب ثياب من أمّنه مسلم ، وإذا بعد ذلك ، فالمال الذي في رَحْله بمثابة الثياب التي علىٰ بدنه ، ولا خلاف في تصحيح عقد الأمان مع التصريح بالتخصيص بالدم والنفس ، والذمةُ لا تعقد كذلك ، كما سيأتي ، إن شاء الله عز وجل .

وهـٰذا التردد يرجع إلىٰ حكم اللفظ وما يقتضيه إطلاق الأمان ، والأصح أن مطلَقَه لا يتناول المال الذي معه ، وأجرىٰ **الأئمة** هـٰذا التردّد في زوجاته ، وذراريه الذين هم معه ، ثم إذا حُقن دمُه بالأمان ، فلو قتله قاتل ، فالوجه/ عندنا القطع بأنه يضمن [بما][1] يُضمن به المعاهَد والذمي ، وليس حقن دم المؤمّن بمثابة تحريم قتل الحربية ؛ فإن الحربية ذاتُ الشرع دفع القتلَ عنها في حالٍ ، وبسط الأيدي إلىٰ سبيها وإرقاقها ، فليس ارتفاع القتل عنها للأمان . فهـٰذا حكم الأمان . ١٦٢ ي

١١٣٥٦ـ [فأما][2] ما يصح به الأمان ، فإن جرىٰ لفظٌ مشعر ، فذاك ، وإن أشار مسلم ، بإثبات الأمان لكافر ، وأفهم بإشارته ، جرت الإشارة مجرى العبارة ـ باتفاق **الأصحاب** ـ مع القدرة على العبارة . وهـٰذا مبناه على الاتساع ، وقد تمس الحاجة إلىٰ إبدال العبارة بالإشارة ، أو إلى الاكتفاء بالكتابة ، ثم لم يُخصص هـٰذا بقيام الحاجة ، حتىٰ يجري مجرى العلّة المطّردة المنعكسة .

ومما يجب الاعتناء به أن انعقاد الأمان يستدعي علمَ المؤمَّن به وقبوله ، حتىٰ لو أمّن المسلمُ كافراً ، وهو جاهل بالعقد ، لجاز لكل من ظفر به قتله واسترقاقه ، ولو علم بإيجاب[3] عقد الأمان له ، فلم يقبله ، وردّ ، فلا يصحّ الأمان ، فإن قبله ، انعقد الأمان حينئذٍ .

---

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : « فهـٰذا » .

(٣) بإيجاب : أي الإيجاب المقابل للقبول .

ولو جرى الأمان من مسلم ، ولم يبلغ الخبر الكافر ، فابتدره هـٰذا الذي أمّنه ، جاز ؛ فإن الأمان لا استقلال له قبل بلوغ الخبر .

وإن خاطب كافراً بأمانٍ ، ولم يقبل ولم يردّ ، فهـٰذا فيه تردّد[1] ، والرأي الظاهر أنه لا بدّ من قبوله ، ثم لا يشترط أن يعبر عن القبول ، بل لو أشار له ، أو بدت عليه مخايل القبول ، كفىٰ ذلك ؛ فإن أصل الأمان إذا كان لا يفتقر إلى القول ممن هو من أهل القول ، فالقبول في معناه .

ثم الأمان لا يلزم الكافر وإن قبله ؛ فإنه لا يزيد على الذمّة ، وللذمي أن ينبذ إلينا الذمة ويلتحق بدار الحرب ، وكذلك القول في المؤمَّن ، وهو لازم من جانب المسلم المؤمِّن ، كما تلزم الذمّة من جانب الإمام .

١١٣٥٧ـ ومما يتصل بهـٰذا أنا سنذكر ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ ما ينقضُ الذمةَ من الأمور الصادرة من الذمي في كتاب الجزية ، ونذكر أن توقع الخيانة لا يوجب نبذَ الذمة ، وإذا خاف المسلم المؤمِّن خيانةً ممّن أمّنه ، نبذ إليه الأمان ؛ فإن المبيح للأمان لآحاد الناس ما يتوقع من انتفاع المؤمِّن بأمان/ الكافر ، فإذا كان لا يأمن الكافر ، فلا خير في الأمان ، وقد نصّ الرب تعالىٰ علىٰ ذلك ، فقال عز وجلّ : ﴿ وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ ﴾ [الأنفال : ٥٨] والآية في المهادنة ، كما سيأتي وصفها ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ فإذا جرىٰ هـٰذا في المهادنة ، فأمان الآحاد بذلك أولىٰ ، وهـٰذا يتم إذا ذكرنا المهادنة والذمة في موضعهما .

ش ١٦٢

ولو أمن المسلم كافراً ، فقبل أَمْنه ، وقال : لست أؤمنك مني ، فكن آخذاً حذرك مني ، وقد قبلت أمانك لي ، فهـٰذا ردٌّ للأمان ؛ فإن الأمان لا يصح في أحد الطرفين دون الثاني . ولعلّ سبب اشتراط القبول هـٰذا .

ولا خلاف أن الأمان يقبل التعليق بالأعذار ، وسيأتي من ذلك قدرٌ صالح في مسألة العِلْج إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) حكى النووي هـٰذا التردد عن الإمام (ر . الروضة : ١٠/ ٢٨٠) .

١١٣٥٨ـ فإذا تمهدت هـٰذه القواعد ، انعطفنا على الأمان بالإشارة ، لنذكر مسائل كانت تستدعي تقديم ما قدّمناه .

فلو أشار مسلم في الصف إلىٰ كافرٍ ، فانحاز ذلك الكافر إلى المسلمين ؛ معوّلاً علىٰ إشارته ، فإن قال المشير : أردت الأمان ، وقال الكافر : فهمتُ الأمان ، فهـٰذا كافر مستأمن لا يُتعرض له .

ولو قال : ما أردتُ الأمان ، وقال الكافر : ما فهمت الأمان ، فهو كافر وقع في قبضتنا بلا أمان ، فنقتله أو نسترقه .

وإن قال المسلم : ما أردت الأمان ، وقال الكافر : فهمت الأمان ، بلغ المأمن ، ولم نتعرّض له ، فإن قال المسلم : أردت الأمان ، وقال الكافر : ما فهمت الأمان ، فهـٰذا في حكم أمانٍ غير مقبول ، وقد ذكرنا أنه لا يصح ، فيقتل أو يفعل به ما يفعل [بالأسراء][(١)] .

هـٰذا ما ينعقد به الأمان مع ما يتصل به .

١١٣٥٩ـ فإن قيل : جوّزتم لآحاد المسلمين أن يؤمنوا آحاد الكفار ، فما قولكم فيه إذا وقع في الأسر كافر أو كفار ، فأراد بعض الغانمين أن يمنن علىٰ بعض الأسارى ؟ قلنا : لا سبيل إلىٰ ذلك . والفرق بين المنّ والأمان أن المن يجري بعد تعلّق الحقوق بالأسرىٰ ، فلا ينفذ التصرف فيه إلا من ذي أمر ، وهو الإمام ، أو المستند إليه ، والكافر [المؤمَّن][(٢)] الحربي لم يتعلّق به حق لمستحق .

فإن دخل بلاد الحرب طائفةٌ ، وغنموا/ وأسروا ، ثم إنهم أرادوا المن على الأسرىٰ ، قلنا : ليس لهم ذلك ؛ فإن الإمام قد يرىٰ إرقاقهم ، [كما][(٣)] يتعلق برقابهم [حق][(٤)] الخمس . وهـٰذا يعارضه أن الإمام إذا [من][(٥)] ، فقد أبطل حقوق الغانمين ، ١٦٣ ي

(١) في الأصل : « الأمراء » .

(٢) مكان بياضٍ قدر كلمة .

(٣) زيادة لاستقامة العبارة .

(٤) في الأصل : « حتىٰ » . والمثبت تقدير من المحقق .

(٥) في الأصل : « أمن » .

ولـٰكن لا يبعد أن يرتبط هـٰذا باستصواب ذي الأمر ، ونظره ؛ فإنهم بالوقوع في الأسر صاروا أموالاً ، والتصرف في الأسرىٰ من الأمور الخطيرة التي لا يدري فيها إلا ذو الأمر ، ولا يستبد بها الآحاد .

١١٣٦٠ـ ومما نرىٰ إلحاقه بهـٰذا المنتهىٰ أنا إذا صححنا أمان المسلم ، فلا نشترط أن يرجع من أمانه مصلحة علىٰ أهل الإسلام ، ولا يتصوّر اشتراط هـٰذا في كافرٍ يؤمّن ، ولـٰكن كما لا نفع لأمانه ، لا وقع لبقائه حربياً . وإذا كنا لا نرعىٰ إظهار مصلحة في حق المسلمين ، فلا نطالب المؤمَّن بغرض له يبديه في الأمان ؛ فإن تكليف إظهار الأغراض الخاصة عسر ؛ علىٰ أن هـٰذا يجري غير متعلّق بمجالس الحكام وأصحاب الأمر . نعم ، يشترط ألا يكون في الأمان المعقود ضرر عائد إلى المسلمين ، فلو أمن طليعةَ الكفار ، أو جاسوساً ، كان الأمان باطلاً .

ثم الوجه ألا يُثبت هـٰذا الأمان له حقَّ التبليغ إلى المأمن ؛ فإن دخول مثل هـٰذا في ديار الإسلام جنايةٌ[١] ، فحقُّه أن يغتال بها ، والعلم عند الله تعالىٰ .

١١٣٦١ـ ومما أبهمناه وهـٰذا أوان تقريب القول فيه أنا قلنا : إنما يؤمِّن المسلم محدودين ، ولسنا نرىٰ عدداً نقف عنده ، فنقول : ما ذكره **الأئمة** في ذلك أن الأمان ينبغي أن يكون بحيث لا ينسد بسببه الجهاد في جهة من الجهات ، وهـٰذا يُبيِّن أن الأمان لو عُقد لأهل الناحية ، فهو مردود ، وإن فرض عقده لآحادٍ ، أمكن فرض الغزو في الناحية ، مع ترك التعرض للمؤمَّنين ، هـٰذا ما ذكره **الأئمة** ، وسرّه أن الجهاد شعار الدين ، والدعوة القهرية ، وهو من وجهٍ من أعظم المكاسب للمسلمين ، ومن أظهر مجالب الأموال لبيت المال ، فينبغي ألا يَظْهرَ بأمان الآحاد انحسامٌ ولا نقصان يُحَسّ[٢] .

ولو أمن مائةُ ألف من المسلمين ، مائةَ ألفٍ من الكفار ، فكل واحدٍ لم يؤمن إلا

---

(١) نقل النووي هـٰذا عن الإمام ، وتصحف إلىٰ (خيانة) . (ر . الروضة : ١٠/ ٢٨١) .

(٢) حكى النووي هـٰذه المسألة عن الإمام ، وأشار إلى التردد في صحة أمان الكل عند الانحسام أو النقص . (ر . الروضة : ١٠/ ٢٧٨) .

واحداً ، ولـٰكن إذا ظهر انحسامٌ أو نقصان ، فأمان الكل مردود ، وقد يختلف الأمر بأن يكون المؤمنون/ في قُطرٍ ، أو يفرضوا متبدّدين[١] . ١٦٣ ش

وقال قائلون : لو أمّن المسلمُ آحاداً علىٰ مدارج[٢] الغزاة في المنازل والمناهل ، ولولا الأمان ، لانبسطت أيدي الغزاة ، وإذا فرضت [هـٰذه الصورة ، وانكففنا عن][٣] الغنيمة ، عسر [مَسير][٤] العسكر ، واحتاجوا إلىٰ نقل العلف والزاد ، فالأمان علىٰ هـٰذا الوجه مردود ، وهو من الأمان المضرّ .

١١٣٦٢ـ فأما القول في المدة المرعية في الأمان ، فعقد الأمان ، بمثابة المهادنة ، حيث لا ضعف بالمسلمين ، وسنذكر أن المهادنة والحالة هـٰذه من ذي الأمر تصح أربعةَ أشهر ، ولا تجوز سنة ، وفيما دون السنة ووراء الأربعة الأشهر قولان . فكذلك الأمان ، فإن قيل : أليس للإمام إذا استشعر ضعفاً أن يهادن الكفار عشرَ سنين ؟ قلنا : نعم . ولـٰكن ذلك النظر إلى الإمام ، ولا يرقىٰ نظر الآحاد إلىٰ دَرْك الضعف والقوة في أجناد المسلمين ، فالأمان مبني علىٰ أقل الدرجات في المهادنة في المدّة .

فَرْعٌ : **١١٣٦٣ـ** إذا أمن المسلم امرأة ، فقد قال **القاضي** : يخرج في ذلك جوابان ، بناء علىٰ أنه إذا صالح صاحب الراية أهلَ حصن فيها[٥] نسوان لا رجل بينهن ، وقد أشرفن علىٰ أن نسترقهن ، فبذلن مالاً ، فهل يسقط حق الاسترقاق ؟ فعلىٰ **وجهين** : ووجه البناء أن النسوة يتبعن الرجال ، ويبعد أن يفرض استقلالهن باستفادة الأمان من الرق . فإن أسقطنا حق استرقاقهن بمال ، فلا يبعد أن يسقط حق استرقاق واحدة أو محصورات بأمان واحد من المسلمين .

---

(١) متبدّدين : أي متفرقين .
(٢) مدارج : المراد طرق ومنازل الاسترواح في الطريق .
(٣) مكان بياضٍ بالأصل .
(٤) في الأصل : « مصير » .
(٥) فيها بضمير المؤنث علىٰ معنى القلعة .

وقد نجزت معاقد المذهب في الأمان . ولها مسائل ستأتي في فصل العلْج ، علىٰ أثر هـٰذا ، إن شاء الله تعالىٰ .

١١٣٦٤ـ ومما أغفلناه ، ونرسمه [**فرعاً**][١] : الأسير إذا أمّن كافراً ، فهل يصح أمانه أم لا ؟ فيه خلاف بين **الأصحاب** . **والوجه أن نقول** : إن كان مكرهاً على الأمان ، فهو مردود ، وإن كان مختاراً في إنشاء الأمان ، فمن **أصحابنا** من قال : يصح ذلك منه ؛ فإنه مسلم مكلف أنشأ الأمان اختياراً ، ولم يجرّ ضرراً ، فيصحّ .

ومن **أصحابنا** من قال : لا يصح ، فإن شرط الأمان أن يكون المؤمِّن علىٰ أمان ، ولا يتحقق الأمان/ في حق المأسور . ي ١٦٤

التفريع على الوجهين : إن قلنا : يصح أمانه ، فلا كلام ، وأمانه كأمان المطلَق ، وإن قلنا : لا يصح أمانه في حق المسلمين ، فهل يصير ملتزماً بحكم الأمان في حق نفسه ، فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا يلزمه حكم الأمان ، كما لم ينفذ في حق غيره ؛ فإن الأمان لا ينفذ على الخصوص[٢] . **الثاني** ـ أنه ينفذ أمانه عليه في حق نفسه ؛ فإن سبب الرّد في حق الغير أنه مقهور مأسور ، فلا ينفذ أمانه على المطلقين ، ولا يبعد من مقتضىٰ هـٰذا أن يصح إلزامه في حق نفسه .

والذي يجب الإحاطة به في تمام ذلك أن المأسور لو أمن من أسره ، فالوجه ألا يصح ذلك ، وجهاً واحداً ، وإنما التردّد الذي حكيناه فيه إذا أمّن من ليس هو أَسَره من آحاد الكفار . وأطلق بعض من لا يعتاد طلب الحقائق ، وجهاً في تصحيح أمانه لآسره إذا أنشأه ولم يُكرَه عليه . وهـٰذا لا أصل له . فانتظم منه أن الإكراه على الأمان يُبطله لا شك فيه ، وإذا لم يكن إكراه ، فأمن غيرَ الآسر ، فعلى الخلاف ، وإن أَمَّن من أسره ، فالمذهب البطلان ، وفيه الوجه الضعيف الذي حكيناه .

---

(١) في الأصل : « فرعان » .

(٢) على الخصوص : يعني من جانب واحد .

فَصْلٌ

قال : « ولو أن علجاً دلّ مسلماً علىٰ قلعة . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٣٦٥ـ العلج يعبر به عن الكافر الغليظ الشديد ، وهو من المعالجة ، ومعناها المجالدة ، وسمي العلاج علاجاً لدفعه الداء ، والعلج يدفع بأيْده عن نفسه ، وفي الحديث : « **الدعاء والبلاء يعتلجان في الهواء** »[٢] أي يضطربان ، ويتدافعان ، فيدفع الدعاء البلاء .

وهـٰذه المسألة نصوّرها أولاً ، فنقول : إذا لجأ إلى المسلمين علجٌ من الكفار ، وقال : أدلّكم علىٰ قلعة ، وذكر فيها جاريةً ، وشرط أن القلعة إذا فتحت ، فهي له ، فإذا قبلنا ذلك ، والتزمنا استفراغ الطاقة والإمكان في الوفاء ، فهـٰذه المعاملة هل تصح ؟ وكيف سبيلها ؟ هـٰذا تصوير المسألة .

وحكمها يستدعي تجديدَ العهد بتقديم أصول من الجِعالة ، وقد نُجري فيها ما لم نُقدّم ذكره ، فنقول : **أولاً ـ** لا خلاف أن عقد الجِعالة بين المسلمين لا يصح إلا علىٰ جُعل معلوم مقدرر علىٰ تسليمه ، فكل ما يصح ثمناً وأجرة ، وصداقاً ، فهو الذي يصح أن يكون جُعلاً ، فلو كان مجهولاً أو غير مقدورٍ علىٰ تسليمه/ أو غير مملوك للجاعل ، لم يصح ، حتىٰ لو قال : إن رددت عبدي الآبق ، فلك مما أصطاده كذا ، ومما أحتطبه كذا ، فالجعالة فاسدة ، للجهالة ، فإن عمل علىٰ حكم هـٰذا العقد ، لم يبطل عمله ، وله أجرُ المثل ؛ لأنه لم يخض في العمل علىٰ شرط التبرع به .

١٦٤ ش

وإذا ثبت الجعلُ صحيحاً ، وكان عيناً مملوكة ، كائنة مقدوراً علىٰ تسليمها ، فقال : إن رددت عبدي الآبق ، فلك هـٰذا الثوبُ ، جاز . والأصح أنه لا يتعلق

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨٧ .

(٢) حديث « الدعاء والبلاء يعتلجان في الهواء » رواه البزار والحاكم والطبراني من حديث عائشة . قال الحافظ : وفي إسناده زكريا بن منظور وهو متروك . (ر . الحاكم : ١/ ٤٩٢ وصححه ، وتعقبه الذهبي بقوله : « زكريا مجمع علىٰ ضعفه » . الطبراني في الأوسط : ح٢٥١٩ ، كشف الأستار : ٢١٦٥ ، التلخيص : ٤/ ٢٢١ ح ٢٢٩٤ ، خلاصة البدر المنير : ٢٥٨٤) .

استحقاق المجعول له بالجعل أصلاً ، ما لم يتم العمل ، وليس كالأجرة في الإجارة[1] ؛ فإن الإجارة معاوضة محضة ، مبناها على اللزوم ، وهو صنف من البياعات ، ومبنى الجعالة علىٰ أن يتوقف استحقاق الجعل علىٰ إتمام العمل ، ثم يجعل الاستحقاق بعقد العمل علىٰ أثره ، ولا يستند إلىٰ ما تقدم تبيّناً[2] .

١١٣٦٦ـ ثم إذا [تمّ][3] العمل لم يخلُ : إما إن كانت العين قائمة أو تالفة ، فإن كانت تالفة ، فلا يخلو : إما أن تتلف قبل الردّ ، أو بعده ، فإن تلفت قبل الردّ ، فلا يخلو : إما أن يردّه عالماً بتلف المسمىٰ ، أو جاهلاً به ؛ فإن علم بتلف العين ، وأنشأ العمل بعد التلف والعلمِ ، فلا شيء له ؛ لأن المعاملة معقودة على استحقاق تلك العين ، فإذا تلفت ، وأنشأ العمل ، فلا متعلق لعمله ، وهو في حكم المتبرع .

وإن جهل العامل التلف ، وعمل ، فله أجرُ المثل ؛ لأنه لم يتبرع بالعمل ، هـٰذا إذا تلف قبل العمل .

وإن تلف المسمىٰ بعد الرد ، فلا يخلو : إما أن يتلف بعد المطالبة ، أو قبلها ، فإن تلف قبل المطالبة بها ، ففيما يرجع العامل إليه قولان ، كالقولين في الصداق المعين ، إذا تلف قبل القبض ، وفيه قولان ، عنهما يتشعب معظم مسائل الصداق . **أحدهما ـ** أنه مضمون بالعقد ، فيجب عند فرض التلف مهرُ المثل ، فعلىٰ هـٰذا في مسألتنا يُضمن الجعل بالعقد ، فإذا تلف ، فالرجوع إلىٰ أجر المثل ، وهـٰذا يناظر مهرُ المثل ، **والقول الثاني ـ** أن الصداق مضمون باليد ، فتجب القيمة أو المثل إن كان مثلياً ، وكذلك يخرج هـٰذا القول في الجعل إذا تلف ، والغرض تنزيله منزلة الصداق في جهة/ الضمان . ي ١٦٥

فإن قيل : ما وجه التشابه ؟ قلنا : وجهه أن المنفعة في الجِعالة فائتة بعد تسليم العمل علىٰ وجهٍ يستحيل تداركها ، كما أن البضع بعد العقد في حكم الفائت ، فاقتضىٰ ذلك جريان القولين في الأصلين ، ولا يبعد عندنا القطع بأن الجعل مضمون ضمان

(١) أي يستحق الأجير بكل جزء من العمل جزءاً من الأجرة بخلاف الجعالة .
(٢) تبيُّناً : التبين مصطلح أصولي سبق شرحه .
(٣) في الأصل : « سلّم » .

العقد ؛ من جهة أنه رُكن الجعالة ، وليس الصداق رُكنَ النكاح ، وهـٰذا يوجب القطع هاهنا بضمان العقد . والعلم عند الله تعالىٰ .

ولو تمم العامل العملَ ، وطالب بالجعل ، وهو قائم ، فلم يسلّمه الجاعل ، فقد تعدىٰ ، فلو تلف في يده ، فإن قلنا : إنه مضمون باليد ، فالجواب كما تقدم ، وإن قلنا : إنه مضمون بالعقد ، فقد قال **القاضي** : تلفه بعد الامتناع بمثابة إتلاف الجاعل الجعلَ بنفسه . ثم هـٰذا بمثابة ما لو أتلف البائع المبيع ، وفي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن حكمه حكمُ ما لو تلف بآفة سماوية ، فينفسخ العقد ، ويرجع العامل إلىٰ أجر المثل ، **والثاني** ـ حكمه حكمُ ما أتلفه الأجنبي ، فعلىٰ هـٰذا هو بالخيار بين الفسخ والإجازة ، ولا يخفىٰ عاقبة الإجازة والفسخ .

والذي يجب فيه فضل تدبّر أن موجب ما ذكرناه ، وهو بعينه كلام **القاضي** أن الحبس علىٰ عدوانٍ مع تصوّر التلف بالآفة السماوية ننزله منزلة الإتلاف ، ويلزم علىٰ هـٰذا المساق أن يقال : إذا توفر الثمن على البائع ، وتوجهت الطَّلَبَة بتسليم المبيع فأبىٰ معتدياً ، [وتلف][1] المبيع ، يكون هـٰذا بمثابة ما لو أتلف البائع المبيع . وهـٰذا فيه احتمال وفضل نظر ؛ من جهة أن الإتلاف إذا لم يوجد ، فاليد القائمة يد عقد ، ولهـٰذا لا يتصرف المشتري في المبيع الكائن في يد البائع ، في الصورة التي ذكرناها . وإن وفّى الثمن واستحق الانتزاع ، فإذا كانت اليد قائمة علىٰ هـٰذا الوجه ، فتغليب ضمان العقد أولىٰ ، حتىٰ يقال : التلف بالآفة السماوية يوجب انفساخ العقد ، ومقتضىٰ هـٰذا ألا يُخرَّج القولان في إتلاف البائع المبيع .

فهـٰذه مقدمات ذكرناها في أحكام الجعالة .

١١٣٦٧ـ والآن نعود بعدها إلىٰ **مسألة العِلج** ، فنقول : كافرٌ/ في دار الحرب ، قال : أدلكم علىٰ قلعة فيها أموال وغنائم ، فإذا فتحتموها ، فأعطوني الجارية الفلانية ، ووصفها وسماها . فقد قال **الأصحاب** بأجمعهم : هـٰذه الجِعالة جائزة ، وإن كانت علىٰ جُعل غيرِ مملوك ، ولا مقدورٍ علىٰ تسليمه ، ولا شك أن مثل هـٰذه

١٦٥ ش

---

(١) في الأصل : « وأتلف » .

الجِعالة لا تصح بين المسلمين فيما لا يتعلّق بالكفار ، وسبب تصحيح هـٰذه المعاملة فيما يتعلّق بالكفار أن الإمام قد لا يتهدَّىٰ في دار الحرب إلى القلاع ، وربما لا يتهدّى المسلمون إليها في الغالب ، فتمس الحاجة إلىٰ دلالة كافر ، فإذا لم يرض الكافر إلا بما سمَّىٰ ، فالحاجة تقتضي تصحيحَ المعاملة ، إذا قيل : الجهالة تحتمل في الجعالة لمسيس الحاجة ، فإذا اضطررنا إلىٰ إثبات فعلٍ يخالف القياس الدائر بيننا ، اتبعنا الحاجة .

ولو كان الدال على القلعة مسلماً وشرط مثلَ الشرط الذي حكيناه صادراً عن العلج ، فالمذهب الأصح بطلانُ هـٰذه المعاملة معه ، إلا علىٰ شرط المعاملة بين المسلمين .

وفي **بعض التصانيف** أن هـٰذه المعاملة تصح معه كما تصح مع العلج ؛ فإن مبنىٰ جوازها علىٰ مسيس الحاجة إليها ، ولا يفرق في ذلك بين المسلم والكافر .

وهـٰذا كلام مبهم عندنا ، والوجه أن نقول : حكينا تردد الرأي في أن الوالي لو استأجر مسلماً على الغزو هل يصح ؟ فإن منعنا الاستئجار ، فلا معنىٰ لهـٰذه المعاملة مع المسلم ، فإن ما يأتي به يقع جهاداً منه ، فلا يستحق عليه أجراً . ثم كما لا يستحق الجارية المسماة في القلعة ، لا يستحق أجر المثل .

وإن قلنا : يصح من الوالي استئجار واحد من المسلمين على الغزو ، فهل تصح هـٰذه المعاملة معه ، كما تصح مع الكافر ؟ فعلىٰ **وجهين** قدمنا ترجيحهما .

١١٣٦٨ـ ثم إذا حضر الإمام بابَ الحصن ، وحاصرها[١] ، فلم يتفق الفتح ، نظر : فإن قال العلج الدال : إن فتحتموها ، فلي الجارية ، فلا يستحق إذا لم يتفق الفتح شيئاً ؛ فإنه علّق استحقاقه بالفتح ، فإن اشترط الجارية ، ولم يقيد/ المعاملة بالفتح ، ففي المسألة **وجهان** : **أصحهما** ـ أنه لا يستحق شيئاً ؛ فإن رضاه بالجارية بمثابة التصريح بذكر الفتح ؛ إذ لا يتعلق التوقع بتسليم الجارية إلا من جهة الفتح ، فصار كما لو قيد بالفتح .

ي ١٦٦

---

(١) حاصرها : بضمير المؤنث علىٰ معنى القلعة .

وفي **بعض التصانيف** وجه آخر أنه يستحق أجر المثل للدلالة ؛ لأنه عمل لنا عملاً ولم يرض بأن يكون متطوعاً .

وهـٰذا الكلام فيه اختلال ، لا يبينه إلا تفصيل ، وهو أنه لو دلّ ، واكتفىٰ بالجارية ، وذكر الفتح صريحاً أو لم يذكره ، ولـٰكن اكتفىٰ بالجارية ، فإذا حصرنا الحصن ، وكان القتال ممكناً ، فلم نقاتل ، فهل يستحق الدالّ والحالة هـٰذه شيئاً ؟ هـٰذا محلّ التردد ؛ فإنه يقول : دللتُ ، وفعلتُ ما علي ، فقصّرتُم . وينقدح أن يقال : لا شيء له ، للتعلق بالفتح تصريحاً ، أو تعريضاً . ويجوز أن يقال : يستحق الدالّ أجرَ المثل ؛ من جهة أنه استتم عمله .

وإن حصرنا القلعة ، فلم يكن القتال ممكناً ، وكان بحيث لا يُطمع في افتتاحها إلا باتفاقٍ نادر ، فالوجه هاهنا ، القطعُ بأنه لا يستحق شيئاً ؛ لأنه ما دلنا علىٰ ممكن .

وإن كان القتال ممكناً على الجملة ، ولم يكن الفتح مقطوعاً به ، فقاتلنا ، فلم يتفق الفتح ، فهـٰذا يُبنىٰ علىٰ ما إذا لم نقاتل أصلاً . فإن قلنا : إذا تُرِك القتال أصلاً ، مع إمكان الفتح ، لم يستحق شيئاً ، فلأن لا يستحق هاهنا أولىٰ ، وإن قلنا : الدّالّ لا يستحق ، فإذا قاتلنا ، فإن حصل اليأس ، وبذلنا المجهود ، فهـٰذا يقرب منه ، إذا بان لنا اليأس ، كما[1] حصرنا ، وإن لم يحصل اليأس ، ولـٰكن تبرّمنا بالقتال ، أو استنفرَنا أمرٌ انزعج الجند له ، فهـٰذا محل التردد .

وبالجملة : ينبغي أن تؤخذ هـٰذه المسألة من هـٰذه المآخذ التي أشرنا إليها .

١١٣٦٩ـ وإن فتحنا القلعة ووجدنا الجارية التي شرطناها للعلج ، فيجب تسليمها إليه ، والوفاء به ، ولا يسوغ منعُها .

وإن لم نجدها ، نُظر : فإن كان أخطأ العلج في ظنه كونَ الجارية في القلعة ، أو كانت ، ولـٰكن تقدم موتها ، أو كانت ميتة يوم المعاقدة مع العلج ، أو لم يخلقها الله تعالىٰ ، فقد قال **الأئمة** : لا شيء للعلج في هـٰذه الصورة ؛ فإنه اكتفىٰ بجارية/ ظنها ، وقد أخلف ظنه ، فحبط عمله . ١٦٦ ش

---

(١) كما : بمعنىٰ : عندما .

وإن وجدناها لـٰكنها ماتت بعد [المعاقدة][١] **فللأئمة** طرق نسردها ، ثم نجمعها على العادة في أمثالها .

قال **قائلون** : إن ماتت بعد الظفر بها ، غرمنا القيمة للدلالة ، وإن ماتت قبل الظفر ، فقولان ، والفرق أنه إذا ظُفِر بها ، فقد دخلت في يد الإمام أو صاحب الراية ، ووقعت في قبضته ، [فيغرم قيمتَها][٢] .

وقيل : إنها تلفت من ضمانه[٣] .

[**والطريقة الثانية** : أنها][٤] إذا ماتت قبل الظفر ، فلا ضمان . وإن ماتت بعد الظفر ، **فقولان** : **أحدهما** ـ أنه يجب الضمان لموتها تحت أيدينا ، فينبغي أن تكون محسوبة علينا . **والثاني** ـ أنا لا نضمن شيئاً ؛ فإن الجارية المذكورة ليست عوضاً في الحقيقة ، وليست علىٰ حقائق الأعواض ، وإنما أجرينا فيها عِدَةً ؛ فإن اتفق الوفاء بها ، فذاك ، وإلا فلا ضمان . نعم يجب الوفاء إذا أمكن ، وإن فرض تقصيرٌ ، فمنتهاه المأثمُ ، وتركُ الواجب .

وقال[٥] **العراقيون** : لا فرق بين أن تموت قبل الظفر أو بعده ، ففي الصورتين جميعاً قولان في أنا هل نغرم للعلج قيمة الجارية .

وإذا جمع الجامع الطرق[٦] ، انتظم **أقوال** : **أحدها** ـ الضمان في الحالتين قبل الظفر وبعده . **والثاني** ـ انتفاء الضمان فيهما . **والثالث** ـ وجوب الضمان بعد الظفر ، ونفيه قبل الظفر . هـٰذا حاصل ما ذكره **الأئمة** .

---

(١) في الأصل : « المعاملة » ، والمثبت لفظُ الإمام الغزالي في البسيط .

(٢) عبارة الأصل : « فغرم قيمتها ، وقيل : إنها ما » .

(٣) المعنىٰ : يقال : تلفت من ضمانه ، فيغرم قيمتها .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) هـٰذا هو الطريق الثالث .

(٦) والطرق هي :

أـ ماتت بعد الظفر : وجب الضمان ، وقبل الظفر : قولان .

ب ـ ماتت بعد الظفر : قولان ، وقبل الظفر : لا ضمان .

ج ـ ماتت بعد الظفر : قولان ، وقبل الظفر : قولان .

١١٣٧٠ـ وقد يتطرق إلىٰ ما ذكرناه مزيد بحث ، وهو أن يقال : إذا فتحنا القلعة ، واستمكنا من تسليمها ، فلم نسلّمها حتىٰ ماتت تحت قبضتنا ، فيظهر وجوب الغرم هاهنا .

ولو فتحناها ، وماتت قبل تمكننا من تسليمها ، فهـٰذا فيه تردّد ، من جهة أنها ماتت من وجهٍ بعد الفتح ، وماتت من وجهٍ آخر قبل التمكن ، وغايتنا أن نبذل كنه المجهود فيها ، هـٰذا لا بد منه مع ما قدّمناه ، ثم يعود فيه ما ذكرناه مقدمة في أحكام الجعالات ، من تلف العين المجعولة جعلاً قبل الطلب وبعده ، وقد ذكرنا في تلف العين قبل الطلب ، وبعد العمل قولين في أن المضمون القيمة/ أوأجر مثل العامل ، ١٦٧ ي وهـٰذا الخلاف يجري هاهنا إذا أثبتنا الضمان ، وإن فرضنا الطلب والاستمكان ، فهـٰذا يناظر ما إذا كانت العين قائمة ، وجرى التقصير في تسليمها ، مع توجه الطلب بها ، فلا بأس من التنبه لما ذكرناه .

١١٣٧١ـ ومما يتصل بتقاسيم المسألة أنا إذا وجدناها ، ولـٰكنها كانت مُسْلِمة ، فالذي ذهب إليه **المحققون** أنا نغرم قيمتها للدالّ سواء أسلمت قبل الظفر أو بعده ، بخلاف الموت ، فإنا فصلنا المذهب فيه كما تقدّم ، والفرق أنها إذا أسلمت ، فالإمام هو الذي يحول بين العِلج وبينها ، بحكم الإسلام ، وإلا فالتسليم بحكم المشاهدة[1] ممكن فيها ، فيغرم قيمتَها بالحيلولة ، وإذا ماتت ، فليس صاحب الأمر هو الحائل بينهما ، وإنما وقعت الحيلولة [بأمرٍ خارج][2] .

وفي **بعض التصانيف** : في إسلامها **وجهان** : **أحدهما** ـ ما ذكرناه . **والثاني** ـ أنا ننزل إسلامها منزلة الموت ، ثم في الموت التفصيل المقدّم ، وهـٰذا ضعيف ، ووجهه علىٰ بعده ، أن الإسلام صيرها كالمعدومة ، وشرط الجارية للعلج وإن كان مطلقاً ، فمعناه التقييد ببقائها على الكفر ، فإنا إنما نتمكن لو بقيت كافرة ، فإذا أسلمت فلا تَمَكُّن .

---

(١) بحكم المشاهدة : أي حسّاً ، كما عبر بذلك الغزالي في البسيط .
(٢) زيادة من المحقق لإيضاح المعنىٰ .

ويمكن أن يقال : إذا أسلمت قبل الفتح ، فهـٰذا بمثابة الموت ، لأنا لا نملكها إذا فتحنا القلعة ، ولم نقدّر استحقاقها بالشرط ، فكان ذلك بمثابة ما لو صادفناها ميتة ، وإن أسلمت بعد الفتح ؛ فإنها تبقىٰ مملوكة ، فيتجه هاهنا القطع بالغُرم للعلج ، ولا يتجه غيره ؛ فإن المنع يعود إلىٰ مراعاة حكم الشرع والملكُ عليها ثابت ، فإنها رقَّت لما وقع الفتح ، ثم أسلمت من بعدُ .

١١٣٧٢ـ ولو فتحنا القلعة ، فلم نجد غير تلك الجارية ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما ـ** أنا نسلّم الجارية إلى العلج وفاء بالشرط ، إذ لا مانع من التسليم . **والثاني ـ** لا نسلّم ؛ فإن هـٰذا في التحقيق فتحٌ للعلج ، ولا أَرَبَ لنا فيه ، وهـٰذا التردد الذي ذكرناه فيه إذا لم نؤثر تملك القلعة/ أو لم نتمكن منها ، لأنها محفوفة بالكفر ، ويعسر تخليف جمع يقومون بحفظها عن الكفار . فأما إذا ملكنا القلعة ، وأدمنا اليد عليها ، فيجب القطع بتسليم الجارية .

ش ١٦٧

١١٣٧٣ـ ولو حاولنا الفتح ، فلم نستمكن ، واستفزّنا أمرٌ ، ورأينا أن مثل ذلك يُبطل حق العلج ، فلو اتفق لنا عودٌ إلى القلعة في كَرّةٍ أخرىٰ ، فاتفق الفتح فيها واستمكنا من الجارية ، فهل نوجب تسليمها إلى العلج ؟ ذكر **الأصحاب** وجهين ، ووجه التردد والاحتمال لائح .

ولـٰكن لا بدّ من التفصيل ، فإن عدنا واستمكنا في العودة بالأعلام[1] التي أقامها العلج ، ولولا تقدم دلالته ، لما عدنا ، فيظهر هاهنا تسليم الجارية إليه ، والمصير إلىٰ أنه لا حكم لما تخلل من المحاولة ، وترك المقاتلة . وإن اتفق ونحن نؤمّ بقعة أخرىٰ وقوعنا على القلعة ، من غير استمساك بأعلام استفدناها من دلالة العلج ، فهاهنا يظهر الاحتمال في أنا هل نسلم الجارية إذا تمكنا منها والشرط مطلق ، والأصح أنا لا نسلّمها ؛ فإن المعاملة الجارية بيننا ، وإن كانت مطلقة ، فهي من طريق العُرف وفهم الخطاب متقيّدة باتصال الفتح بالدلالة ، وهـٰذا الظهور جرىٰ منقطعاً .

وبالجملة ليس تخلو حالة من الأحوال التي فصلناها عن احتمال ، ولا يعجِز الفطن

(١) بالأعلام : أي بالعلامات التي دلنا عليها العلج ، والمعلومات التي قدمها لنا .

عن إجراء الخلاف فيها وترتيب البعض منها على البعض ، ولسنا نطوّل بذكرها .

ولا خلاف أنه لو انتهىٰ إلى القلعة طائفة أخرىٰ لم تكن في المعاملة[١] ، فلا يلزمها شيء ، وإن تمكنت من الجارية ، وإن كانت هـٰذه الطائفة تلتفت إلى الأعلام منا ونحن تلقيناها من العلج ، فلا يلزمهم شيء ؛ فإنه لم يجر منهم التزام وخوض في المعاملة .

ويبقى الكلام في أنا إذا لم نفتح ـ وربما كان الفتح ممكناً لو أطلنا المحاصرة ـ فهل نغرم للعلج ؟ وهـٰذا مما تقدم تفصيله .

ولو جاوز الإمامُ القلعة ، ثم ردّ جمعاً من الجند الذين كانوا معه ، فإن ردهم على القرب ، واتفق الفتح ؛ فالوجه تنزيل هـٰذا منزلةَ ما لو أقام حتىٰ فتح .

وإن جاوز القلعةَ ، وانقطع عنها بحيث يبعد/ الرجوع إليها من غير استمساك ١٦٨ ي بالدلالات التي ذكرها العلج ، [فأبان][٢] للراجعين تلك [العلامات][٣] ، فانقلبوا ، وفتحوها ، فهـٰذا بمثابة ما لو رجع هو بنفسه .

وإذا أحاط المرء بمقتضى اللفظ في هـٰذه الجِعالة ، لم يخف عليه محلُّ الوفاق والخلاف .

١١٣٧٤ـ ثم حيث يغرم الإمام للعلج أجر المثل ، أو قيمةَ الجارية على التفاصيل التي تقدّمت ، ففي المحلّ الذي يأخذ [منه][٤] ما يغرَمه للعلج الخلافُ الذي قدّمناه في محل الرضخ ، ففي وجه يخرج ما يبذلُ للعلج من سهم المصالح ، وفي وجه يُخرجه من رأس المغنم ، ووجه ما ذكرناه بيّن .

١١٣٧٥ـ ولو جرت المعاملة كما وصفناه ، وحاصر صاحب الراية أهلَ الحصن ، واقتضى الرأي أن يصالحهم علىٰ أن صاحب القلعة وأهلَه في أمان ، فلما فتحوا القلعة علىٰ موجب هـٰذا الصلح ؛ بان تلك الجارية من أهل صاحب القلعة ، فقد تصدّىٰ لنا

---

(١) المعاملة : المراد المعاقدة مع العلج .
(٢) في الأصل : « بان » .
(٣) في الأصل : « المعاملات » .
(٤) زيادة اقتضاها السياق .

صلحٌ يجب الوفاء به ، ومعاملة سبقت مع العلج يتعين تحقيق المقصود منها ، فالوجه أن نقول لصاحب القلعة : قد شرطنا لفلان هٰذه الجارية ؛ فإن رَضِيتَ تسليمَها إليه ، غَرِمنا لك قيمتها ، فإن رضي ، فذاك ، وإن لم يرض ، قلنا للدالّ : قد صالحناه علىٰ أن نؤمّن أهله ، والجارية المشروطة من أهله ، فإن رضيتَ [بقيمتها][1] ، بذلناها لك ، فإن رضي ، فذاك ، وإن لم يرض ، قلنا لصاحب الجارية : إما أن تسلم الجارية ، أو تعودَ حرباً ، فنردّك إلى القلعة ، فاستوثق منها ، وأغلق بابها ، وارجع إلىٰ ما كنت عليه ، ثم نعود إلى القتال ، فإن اتفق الفتح ، سلمنا الجارية ، وإن لم يتفق الفتح ، فالكلام علىٰ ما مضىٰ .

١١٣٧٦ـ ثم استنبط الفقهاء من هٰذه المسألة فوائدَ : **إحداها** ـ تصحيح جعالة جعل مجهولٍ غير مقدور علىٰ تسليمه . **والثانية** ـ أن الأمان مع الجهل بتفصيل العدد ، في الذين يؤمنون جائز ؛ لأن أهلَ صاحب الحصن مجهول العدد .

١١٣٧٧ـ قال **الأصحاب** : ويجوز الأمان مضافاً إلىٰ عدد معلومٍ مع الجهل بالأعيان ، وذلك أن يؤمِّن من أهل القلعة خمسين أو مائة/ فيكون التعيين إلىٰ شخصٍ ، وروي : « **أن عمر صالح أهل قلعةٍ علىٰ أن مائة من أهل القلعة في أمان ، وكان عمر يحب أن يظفر بصاحب القلعة من غير أمان ، فأخذ صاحبُ القلعة يختار المائة من أهل القلعة ، ويعدّهم ، ويعينهم ، وعمرُ يدعو ويقول : اللهم أنسِه نفسَه ، فعدّ مائة ، ونسي نفسه ، فعرض عليه الإسلامَ ، فلم يسلم ، فحز رقبته** »[2] .

ش ١٦٨

١١٣٧٨ـ ومما يُتلقىٰ من أطراف هٰذه المسألة : أن الصلح إذا عارضه عذرٌ يعسر الوفاء به معه ، فيجوز للإمام ردّه ونبذه ، كما ذكرناه في مصالحة صاحب القلعة ، علىٰ أن يؤمّن أهله ، ثم كانت المشروطة من أهله .

---

(١) في الأصل : « بقيمته » .

(٢) خبر « أن عمر صالح أهل قلعة علىٰ أن مائة من أهل القلعة في أمان. . . ثم حزّ رقبة صاحب القلعة » لم نجد هٰذا عن عمر ، وإنما هو مروي عن أبي موسى الأشعري حين حاصر مدينة السوس ، والخبر رواه البلاذري في فتوح البلدان ٢/ ٤٦٦ ح٩٤١ . (ر . التلخيص : ٤/ ٢٢٣ ح ٢٢٩٨) .

فَصْلٌ

قال : « وإن غزت طائفة بغير أمر الإمام . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

١١٣٧٩ ـ الذي يقتضيه الإذن ألا ينتهض جمعٌ من المسلمين للجهاد إلا صادرين عن رأي الإمام أو نائبه ، فلو لم يراجَعوا ، فدخلوا دار الحرب ، فغنموا أموالاً ، فهي مخموسةٌ ، سواء كانت الطائفة ذاتُ نجدة وعُدّة ، أو كانت طائفة يسيرة ، وإن دخل رجل أو رجال دار الحرب مختفين ، وسرقوا من أموال الكفار وأحرزوه ، فالمذهب المشهور أنهم ينفردون بما سرقوه ، ولا يخمّس ما ثبتت أيديهم عليه .

وقاعدة المذهب في ذلك تستدعي ثلاثةَ أشياء : **أحدها** ـ في أصل المغنم ، **والثاني** ـ في المسروق علىٰ ما صورناه ، **والثالث** ـ في المال المظفور به المحظور لكونه فيئاً .

أما المغنم ، فهو ما يحصل في أيدي المقاتلة ، بالمكاوحة ، فاليد فيها ثابتة ، ولـٰكن الأملاك غير مقصودة ؛ إذ الجهاد وملاقاة أعداء الدين ، مع التغرير بالمهج لا يجوز لأجل المال ، فلا يجوز إلا لإعلاء كلمة الله ، والذب عن دين الله تعالىٰ ، ثم المغانم إن حصلت ، فهي في حكم التبع ، [ولذلك][(٢)] تسقط حقوق الغانمين بالإعراض ؛ فإنها لم تُقصد بالاستيلاء بالأيدي ، وكل ما يملك بالاستيلاء ، فللقصد فيه تأثير ، وسنوضح هـٰذا في فصلٍ معقودٍ في أملاك الغانمين ، إن شاء الله تعالىٰ . ثم ما يكون مغنوماً ، فهو مخموس لا محالة .

وأما المسروق/ ، فمقصودٌ بالتملك في عينه ، فيثبت فيه ملك السرّاق ، والأصح أنه غير مخموس ، وسبيل الأخذ علىٰ هـٰذا الوجه من أموال الكفار كسبيل الاصطياد ، وما في معناه من الجهات التي يُقصد الملك فيها باليد . ١٦٩ ي

ومن **أصحابنا** من قال : المأخوذ علىٰ جهة السرقة مخموس كالغنيمة ، وهـٰذا ضعيف ، لا أصل له . ولـٰكن حكاه **شيخي** ، وكان يقول : يتميز المسروق عن المغنوم

(١) ر . المختصر : ٥/١٨٧ .
(٢) في الأصل : « وكذلك » .

بتأكد الملك في المسروق كما[١] استقرت اليد عليه ، حتىٰ لو أراد السارق الإعراض عنه ، لم يسقط حقه ، بخلاف المغانم . ولعلنا نعيد هـٰذا في الفصل المعقود في أملاك الغانمين ، إن شاء الله تعالىٰ .

وأما المظفور به من غير قتال ، فهو علىٰ ما تقدّم التفصيل فيه ، وهو متميز عن المسروق من حيث إن المسروق حصله السارق بيده ، وإن لم يكن قتال ، ويده أقوىٰ من يد الغانم ؛ فإنها مقصودة . وذلك ما أردنا أن نبين .

١١٣٨٠ـ ثم ذكر **الشافعي** رحمه الله فصلاً في السرقة من الغنيمة ، وهـٰذا قد قدّمنا أصله ، ومعظم ما يتفرع عليه في كتاب السرقة عند ذكرنا السرقة من المال المشترك ، والأخذ من الأموال العامة ، وفي هـٰذا الفصل زوائد هينة ، ولـٰكنها متعلقة بحقيقة ملك الغانمين ، فأخرتها إلىٰ ذلك الفصل .

ثم ذكر إحياء الأرض الموات في بلاد الحرب ، وقد قدّمناه مستقصىً في إحياء الموات .

١١٣٨١ـ وقال : « ما فعله المسلمون بعضهم ببعض في دار الحرب لزمهم حكمه . . . إلىٰ آخره »[٢] .

قصد بهـٰذا الفصل الرّد علىٰ **أبي حنيفة**[٣] في مصيره إلىٰ أن من قارف من المسلمين موجبَ حدّ في دار الحرب ، لم يلزمه الحد ؛ فإن **الشافعي** من مذهبه أن أحكام الله تعالىٰ على المسلمين جاريةٌ في دار الحرب جريانَها في دار الإسلام ، والحدود تجب على الذين يقترفون موجباتها ، وكذلك القول في العقوبات التي يستحقها الآدميون كالقصاص ، وحدّ القذف ، ومما أجراه الردّ عليه في قوله : « من أسلم ، ولم يهاجر ، فقتله مسلم مع العلم بإسلامه عمداً ، فلا قصاص عليه »[٤] .

---

(١) كما : بمعنىٰ عندما .

(٢) ر . المختصر : ٥/١٨٨ .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٤٧٣ مسألة ١٦٢٧ . البحر الرائق : ٥/ ١٨ ، تبيين الحقائق ٣/ ١٨٢ .

(٤) ر . الجامع الصغير : ص٣١٤ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٤٧٧ مسألة ١٦٣١ ، الغرة =

ولا فرق في المغارم والعقوبات/ وقواعد التكليف بين الباب والباب ، وكيف ١٦٩ ش يستحسن الإنسانُ المصير إلىٰ أن الصائرين إلىٰ دار الحرب من دار الإسلام تنحلّ عنهم عُرىٰ أحكام الإسلام ، ولا يلتزمون منها ما يُلزِمُه أهلَ الحرب .

واختلف نص **الشافعي** في أن الإمام هل يقيم الحد علىٰ من استوجبه من المسلمين في دار الحرب ، فاضطرب **أئمتنا** ، فقال قائلون : في كراهة ذلك قولان ، ولا أحد يصير إلى التحريم .

وقال قائلون : النصان منزلان علىٰ حالين ، فإن كان لا يخاف افتناناً ، أقام الحد ، وإن خاف فتنة ، فلا نؤثر إقامةَ الحد ، وذلك بأن يتداخل المحدود مغيظةٌ ، وقد تكون سبب انقلابه ، وقد يكون شريفاً في قومه ، فيحملهم ما يجرىٰ علىٰ سيدهم على الانفلال[1] ، فالنهي عن الإقامة محمول علىٰ مثل هٰذه الصورة . وإن ظهر وقوع ما أشرنا إليه ، وغلب على الظنّ كونُه[2] ، فالظاهر عندي ، أنه يجب اجتنابه ، وحد الكراهية لا ينتهي إلى المباح الذي وصفناه ، ولٰكن إن كان التوقع علىٰ ندور ، أو لم يكن غالباً في الظن ، فهٰذا مظنة الكراهية ، وإن غلب وظهر ، فالأوجه الاجتناب .

ثم ذكر **الشافعي** رحمه الله كلاماً في الذين لم تبلغهم الدعوة إذا انتهينا إليهم[3] . وهٰذا مما قدمته علىٰ أبلغ وجهٍ في البيان في كتاب الديات ، عند ذكري أبدال نفوس أهل الملل وأقدار دياتهم .

* * *

= المنيفة : ص١٧٤ ، طريقة الخلاف : ص٢٤١ مسألة ٩٧ ، إيثار الإنصاف : ص٢٤٤ .

(١) الانفلال : الانهزام . من انفلّ القوم أو الجند : أي انهزموا (المعجم) .

(٢) كونه : أي وجوده : كان هنا تامة .

(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٨٨ .

باب
ما أحرزه المشركون من أموال المسلمين

١١٣٨٢ـ صدّر الشافعي الباب بالمسألة المشهورة في الخلاف مع أبي حنيفة ، وهي إذا استولى المشركون على أموال المسلمين ، وأحرزوها بدار الحرب[١] ، فمذهبنا أنها باقية على ملك مالكها من المسلمين ، فلا يملكها المشركون بالاستيلاء عليها ، ومهما[٢] وقع الظفر بها ، فهي مردودة على ملاكها ، ثم إن وقعت في أيدي الغانمين من المسلمين ، فإن تبينا قبل القسمة ، فالخطب يسير ، فتردّ ، وإن كان بعد القسمة ، وسهل نقض القسمة ، نقضناها ، ورددنا/ الأعيان على أصحابها ، وانتحينا القسمة بعد ردها . ي ١٧٠

وإن لم يكن نقضُ القسمة ممكناً ، فالوجه استرداد تلك الأعيان من أيدي من وقعت في أيديهم ، ثم يعوِّض الإمامُ من استُردّت العين منه من بيت المال ، والخلاف في المحلّ الذي يخرج منه مثل ذلك ، لا يجرى هاهنا حسب جريانه في الرضخ والمغارم التي تقع قبل القسمة ، فالوجه أن يُغرم من المال العام ، وهو مال المصالح . فأما الرجوع على الغانمين ـ وقد تبدّدوا ـ متعذّر[٣] ، وجهات المصالح متسعة ، والمسألة مشهورة مع أبي حنيفة[٤] .

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٨٩ .
(٢) ومهما : بمعنى : وإذا .
(٣) متعذر : جواب أما بدون الفاء .
(٤) ر . رؤوس المسائل للزمخشري : ٣٦٠ ، مسألة : ٢٣٩ ، طريقة الخلاف : ٢٣٩ مسألة : ٩٦ .

فَصْلٌ

قال : « وإذا دخل الحربي إلينا بأمان ، فأودع وباع . . . إلىٰ آخره »[١] .

١١٣٨٣ـ إذا دخل الحربي دار الإسلام ، وأودع عندنا ودائعَ ، وبايع الناس ، وثبت له قروضٌ وأثمان في الذمم ، ثم إنه التحق بدار الحرب ناقضاً عهده ، أو خرج إليه بإذن الإمام ، أو لم ينقض عهده ، ولـٰكن خرج لشغلٍ ليقضيه ، فإن خرج غيرَ ناقضٍ عهدَه ، وترك أمواله ، فلا شك أن تبقى الأموال في أمانه في زمان حياته ، وإن مات ، فسنذكر ذلك بعدُ في أثناء الفصل ، إن شاء الله عز وجل .

وإن خرج إلىٰ دار الحرب ناقضاً عهده ، فقد ذكر **الصيدلاني** وغيره من **أئمة المذهب** **ثلاثةَ أوجه في الأموال** التي خلفها : **أحد الوجوه** ـ أنه لا يُنقض الأمانُ في أمواله ، ما دام حياً ، وربما كان يقطع **شيخي** بهـٰذا الوجه ، ووجهه أنه يثبت لماله حكم الأمان ، كما ثبت له ، ثم انتقض الأمان في حقه بالالتحاق بدار الحرب علىٰ قصد نبذ العهد ، فنحكم في الأموال الباقية عندنا بالبقاء علىٰ حكم الأمان .

والثاني ـ ينتقض العهد في الأموال التي خلفها ؛ فإن المال اكتسب الأمان من جهة المالك ، فإذا لم يبق للمالك عهد وأمان ، لم يستقل المال بحكم الأمان .

والوجه الثالث ـ أنه ينظر ، فإن لم يَعقِد للمال أماناً علىٰ حياله ، وإنما عَقَد الأمان لنفسه ، ثم تعدىٰ حكمُ الأمان إلىٰ ماله ، فإذا انتقض العهد في نفسه ، انتقض العهد في ماله ؛ فإنه ثبت تابعاً ، فزال بانقطاع المتبوع/ وإن ثبت الأمانُ للمال مقصوداً ، كما أثبته لنفسه ، فإذا انتقض العهد في نفسه لم ينتقض العهد في ماله ، والأولان يعممان في النفي والإثبات ، ولا يفصلان بين أن يجري الأمان للمال مقصوداً وبين أن يثبت تبعاً . وهـٰذه الأوجه الثلاثة يفرع عليها الحياة ، وحكم الممات . ١٧٠ ش

١١٣٨٤ـ ونبدأ بتفصيل الحكم في الحياة ، فإن قلنا : الأمان باقٍ للمال ، فلا

---

(١) ر . المختصر : ٥/١٨٩ .

نتعرض لماله ، ولو دخل ديار الإسلام [واستردّ][(١)] أمواله ، كان له ذلك ، ولم يجز التعرض له ، وإن لم نجدد له عهداً ، فماله هاهنا سببُ تَسلُّطِه علىٰ دخول دار الإسلام ، وهو بمثابة ما لو دخل كافرٌ دارَ الإسلام ليسمع الذكر ، ويبحثَ عن الدين ، ويتقبَّله إن ظهر له ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَـٰمَ ٱللَّهِ ﴾ [التوبة : ٦] فقال العلماء : ليس المراد أن يُعقَد له أمانٌ ثم يدخل ، ولـٰكن قصدُه هـٰذا يؤمنه ، وهو في أمان الله تعالىٰ ، ومقصود الآية إعلامُنا أنه مؤمّن . وكذلك لو دخل كافر ديار الإسلام رسولاً ، فتصدّيه للرسالة يؤمِّنه ، وإن لم يُعقد له أمانٌ ، كذلك عود الحربي لأجل أمواله سائغ من غير تجديد أمان .

ثم قال **الأئمة** : ينبغي أن يعجل تحصيل أغراضه ، ولا يعرّج علىٰ أمرٍ . وإن زاد على الحد الذي ذكرناه ، تصدىٰ للقتل والأسر .

وإن قلنا : لا أمان لماله ، فهو مأخوذ فيئاً ؛ فإنه مال كافرٍ مظفور به من غير إيجاف خيل وركاب ، فالتحق بالفيء .

وهـٰذا الطرف من الفصل فيه أدنى التباس . ونحن نفصله ونكشفه ، فنقول : إذا أراد المستأمَن أن ينبذ إلينا العهد ، فلا شك أنا نُبلغه المأمنَ ، ولا نتعرض لأمواله التي يستصحبها ؛ فإنه في علقة من الأمان بها استمساكه إلىٰ أن ينتهي إلىٰ مأمنه ، فإذا استصحب أمواله ، فحكمها حكم نفسه ، وإذا التحق بدار الحرب ، وخلّف عندنا أموالاً ، ففيها الخلاف ، ولو فارق الأموال المخلّفة ، ولم يستصحبها/ ولم يلتحق بعدُ بالمأمن ، فكيف سبيل أمواله المخلّفة ؟ الوجه عندي أنها في أمان ، فإن مالكها بعدُ في أمان ، وإنما التردد إذا انقضت عُلقةُ الأمان في حقه بأن التحق بدار الحرب . ي ١٧١

ويجوز أن يقال علىٰ بعدٍ : إذا فارق الدار ، وانقطع عن الأموال ، يجري الخلاف ، بخلاف الأموال التي في صحبته ؛ فإن من ينبذ إلينا العهد ، وإن كنا نبلغه المأمن ، فهو من وجهٍ خارج من الأمان ؛ إذ لو أراد أن يرجع ، ويتوطن من غير أمانٍ جديد ، لم يكن له ذلك ، فكأنّ ما يُطلَقُ من الأمان ، يُبَذْرِقه[(٢)] إلىٰ دار الحرب .

---

(١) في الأصل : « استردّ » .

(٢) يبذرقه : يحرسه : فالبذرقة : الجماعة تتقدم القافلة للحراسة . قيل : معربة ، وقيل : مولّدة .

=

ومما تجب الإحاطة به ، فيما أَبهم **الأصحابُ** : إذا عاد بجميع ماله على الوجه الذي نقول فيه : يبقى الأمان في المال ، فلا ينبغي أن يتخذ ذلك المالَ ، أماناً له يرجع إليه ، ويأخذ البعض ، ويُبقي البعض ، ويتردّد في ديار الإسلام من غير أمانٍ يتجدد ، ولو فعل ذلك ، امتدت أيدي المسلمين إليه . نعم ، لو دخل ولم يستمكن من استرداد الأموال ، وانقلب ثم عاد ، فلا بأس عليه . والغرض أنه يقتصر علىٰ قدر الحاجة ، في استرداد الأموال .

فكل ما ذكرناه تفريع الحكم في حالة الحياة .

١١٣٨٥ـ فأما إذا خلّف عندنا أموالاً ، ولحق بدار الحرب ، ومات في دار الحرب ، فإن لم ينقض العهد في خروجه وطروقه ، وإنما خرج لبعض وطره في شغلٍ ، ثم يعود ، فلا شك أن ماله في أمان ما دام حياً ، فإذا مات ، فهل يصرف إلىٰ ورثته ؟ ظاهرُ المذهب أنه مصروف إلىٰ ورثته كما لو مات هاهنا في العهد علىٰ أمواله ؛ فإن أمواله مردودة إلىٰ ورثته ، وإن كانوا حربيين لا عهد لهم ، ولا أمان بيننا وبينهم . هـٰذا هو المذهب .

فأما إذا كان التحاقه بدار الحرب بعد نبذ العهد إلينا ، فإن قلنا : أموالُه عندنا [فَيْء][(١)] في حياته ، فلا يخفىٰ أنها تكون فيئاً بعد وفاته ، وإذا كنا لا نصرفها إليه وهو حي ، فلا [شك][(٢)] أنا لا نصرفها إلىٰ ورثته بعد موته .

وإن قلنا : إن أمواله مردودة عليه في حياته ، فإذا مات ، وقد كان نبذ العهد إلينا ، ففي أمواله حيث انتهى التفريع إليه قولان في الأصل : **أحدهما ـ** أنها تصرف إلىٰ ورثته كما كانت/ تصرف إليه في حياته . ١٧١ ش

والقول الثاني ـ أنها تصير بعد موته فيئاً ؛ وذلك أنا كنا نعلّق أمان ماله بعُلقة أمانه علىٰ معنىٰ أنه يعود ، فيأخذها . فإذا مات وقد كان نبذ إلينا العهد في الحياة ، وانضم

= وبعضهم يقول : بالذال ، وبعضهم يقول : بالزاي . (المصباح) .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : « يشكل » .

إليه مماته وفواتُه ؛ فيضعف أثر الأمان في حكم المال ، وقد أطلقنا هٰذين القولين الآن ، وسنذكر ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ في أثناء الفصل وجهَ مأْخذ القولين ، وتصرّفَ **الأصحاب** .

وقال قائلون : إذا خرج المعاهد إلىٰ دار الحرب ، ولم ينبذ عهده ، ولٰكن أراد قضاء وطرٍ وعودةٍ بعدُ ، فإنه إذا مات في دار الحرب ، ففي أمواله التي عندنا قولان ، كالقولين فيه إذا نبذ العهد ، والتحق ، فانتظم قولان ، في الذين نبذوا ، وطريقان في الذي خرج لشغل ، ثم اتفق موته في دار الحرب .

١١٣٨٦ـ ومما يجب الاهتمام به في مسائلِ هٰذا الفصل أن الحربي إذا أمّناه ، وأودع عندنا أموالاً ـ كما ذكرناه ـ ثم خلّف الأموال ، ونبذ العهد ، والتحق بدار الحرب ، وسُبي ، فضرب الرق عليه ، وعاد إلىٰ أيدي المسلمين رقيقاً ، فكيف حكم الأموال التي كان أودعها عندنا قبل الالتحاق وقبل الاسترقاق ؟ فنذكر في هٰذه الصورة حكمَ ماله في حياته ، وهو في نفسه مسترق ، ثم نذكر حكم ماله إذا مات رقيقاً .

فأما تفصيل القول في أمواله حالة حياته ، فنقول : إن لم نر لأمواله أماناً إذا التحق بدار الحرب ، فلا إشكال في أن أمواله المخلَّفة فينا فيءٌ . وإن فرّعنا علىٰ أنه يبقىٰ لأمواله حكمُ الأمان إذا التحق بدار الحرب ، ويبقىٰ في قضية الأمان في حياة ذلك الملتحق النابذ للعهد ، فهٰذا ما دام علىٰ نعت المالكين ، فإذا وقع في الأسر ، ورفَقْناه ، فالذي يجب تحصيله ونقله ـ علىٰ قولنا : إن أمان المال يبقىٰ لو لم نسترقّه ـ **قولان** : **أحدهما** ـ أنا نقف ماله ، وننتظر عاقبةَ أمره ، فإن مات رقيقاً ، وقعت المسألة في القسم الذي التزمنا بيانه ، وهو أن يموت رقيقاً ، وإن عَتَق/ ، رُدّ المال إليه ، وجعلنا طريان الاسترقاق مع اتفاق العتاق بمثابة تماديه في نقض العهد ، فإذا زال ، عاد الأمر إلىٰ ردّ المال إليه ، فهٰذا قولٌ ، وحاصله وقفٌ . وله عاقبتان بينا إحداهما ، وأجلنا الأخرىٰ .

ي ١٧٢

والقول الثاني ـ أنه إذا استُرق ، فالأموال التي خلّفها فيءٌ ؛ فإنه انضم إلىٰ نبذ العهد خروجُه عن كونه مالكاً ، فوهى الأمان في المال وانبتَّ ، وإن كان يبقىٰ لو بقي مالكاً ، وهو قولٌ متجه منقاس .

فأما إذا استُرِق ، ومات رقيقاً ، فنقول : **أولاً** ـ لا مطمع لسيده في ملك الأموال ، ولا تعلق له فيها ، والمنصوص عليه في هـٰذه الصورة أنها تصير فيئاً . هـٰذا هو النص ، وليس كما لو مات حراً بعد نبذ العهد ؛ فإن **الشافعي** نص علىٰ قولين في أنا هل نصرف الأموال إلى الورثة ، فأجرىٰ قولين ، ثم قطع هاهنا بأن تلك الأموال فيء ، والفرق متضح ؛ فإن التوريث ثَمَّ إن قلنا به ، فهو توريث من حرّ ، وهاهنا لو صرفنا المال إلى الورثة ، لـٰكنا صرفناه إليهم توريثاً عن رقيق ، وهو غير جارٍ على القاعدة ، فاتضح الفرق .

١١٣٨٧ـ ولـٰكنْ **للشافعي** نصٌّ في مسألة تساوي هـٰذه ، والنص على المخالفة ، وتلك المسألة مقصودة في نفسها ، وقد أجلناها من كتاب الجراح إلىٰ هـٰذا الفصل ، وقلّما يوجد في المعضلات مثلُها ؛ فإنه يشترك فيها ـ كما سنُفصّلها ـ أصول متعارضة . فالرأي أن نأتي بها ونبالغ في كشفها ، وتنزيل فروعها علىٰ أصولها ، ثم إذا لاحت المسألةُ ، انعطفنا بعدها علىٰ غرضنا من الأموال التي استُرق مالكها .

وصورة المسألة أن يجني مسلمٌ أو ذمي علىٰ ذمي ، فيقطع يديه مثلاً ، ثم يلتحق الذميّ المجني عليه بدار الحرب ، ويصير حرباً لنا ، ثم يقع في الأسر ، ويرىٰ صاحب الأمر أن يضرب عليه الرق ؛ فإذا رَقَّ ـ وتعيّن مالكه ضرْباً للمثل ـ والجراحة القديمة به ، وسرايتها دائمة ، فما الذي يجب على الجاني ؟ وما يصرف إلى السيد ؟ وإن فرض فاضل ، فإلىٰ من يصرف ؟

فالذي يقتضيه الترتيب أن نذكر أولاً ما يلتزمه الجاني ، ثم نذكر من يصرف إليه ، والقول فيما يلتزمه الجاني يستدعي تجديد العهد بتراجم الأصول ؛ فإن المسألة تلتفت إليها .

منها أن من قطع يدي عبدٍ/ قيمته مائتان من الإبل ، ثم عتق ومات ، فلا خلاف أن الجاني لا يلتزم أكثر من الدية نظراً إلى المآل ، وهـٰذا من الأصول الممهَّدة ، وهو النظر إلى المآل في المقدار . ١٧٢ ش

هـٰذا مذهب **الشافعي وأصحابه** .

وقال **المزني** فيما نقله عنه الناقلون : يجب على الجاني أرش اليدين ، مائتان من الإبل ، وقد نبهنا علىٰ هـٰذا في الجراح ، وذكرنا غائلتَه ، وغرضُنا الآن الاقتصارُ علىٰ تراجم .

ومن الأصول المقدمة أن من قطع يدي مسلم ورجليه ، ثم ارتد المجني عليه ، ومات مرتدّاً ، فالمذهب أنه لا يجب على الجاني إلا ديةٌ واحدة .

وقال **الإصطخري** : يجب عليه أروش الأطراف ، وهـٰذا مما مضىٰ مبيَّناً .

ومما يُحتاج إليه في المسألة التي انتهينا إليها أن من جرح مسلماً ، فارتد المجروح ، ثم عاد إلى الإسلام ، ومات بتلك الجراحة مسلماً ، ففي وجوب القصاص على الجاني تردّدٌ ؛ فإن أوجبناه ، فلا شك أن الدية تكمّل إذا آل الأمر إليها ، وإن لم نوجب القصاص ، فالمنصوص عليه أنه يجب تمام الدية ، وخرّج **ابن سريج** قولاً أنه يجب ثلثا الدية ، ويهدر ثلثها ، فوزَّع الدية علىٰ حالتي الضمان ، وحالة الإهدار ، المتخللة ، وذكر بعض **الأصحاب** قولاً آخر أنا نهدر نصفاً ، ونوجب نصفاً .

١١٣٨٨ـ فإذا تجدد العهد بما ذكرناه ، عدنا إلىٰ مسألتنا التي صورناها . وهي : إذا جرح مسلم ذمياً ، فنقض المجني عليه العهدَ ، والتحق بدار الحرب ، والسرايةُ باقية ، فاستُرِق ، ومات في يد مالك رقّه بتلك السراية ، فحاصل ما نقله **الأصحاب** فيما يجب على الجاني **ثلاثةُ أقوال** : الأولان منهما منتظمان : **أحدهما** ـ أن الجاني يلتزم أقلَّ الأمرين من أرش الجناية ، أو قيمة الرقيق ، ونقدر أرش الجراحة دية يهودي ، والرجوع في القيمة إلى السوق ، فيجب علىٰ هـٰذا القولِ على الجاني الأقلُّ من الأرش أو القيمة . **والقول الثاني** ـ أنه يجب القيمة بالغةً **ما** بلغت ، ولا نظر إلى الأرش .

وحكى **القاضي** ، **والإمام والدي قولاً ثالثاً** ، أن الجاني يلتزم أرش الجناية بالغاً ما بلغ ، ولا نظر إلىٰ مقدار القيمة . وهـٰذا أضعف الأقوال توجيهاً .

[توجيه الأقوال](١) :

١١٣٨٩ـ من قال : **يجب أقلُّ الأمرين** ، احتج بأن قال : إن كانت القيمةُ أقلَّ ،

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

فالاقتصار/ عليها خارج على اعتبار المآل ، وهو من أصول المذهب ، وقد صارت ١٧٣ ي
الجراح نقصاً ، وإن كان الأرشُ أقلَّ ، فلا وجه لإيجاب زائدٍ ؛ لأن المجني عليه بعد الجناية صار مباحاً ، والرق نتيجة الإباحة ، ومن استحق الرقَّ ، فاستحقاقه طارىءٌ علىٰ إباحةٍ قاطعةٍ للعهد السابق ، فيبعد أن يضمن الجارح قبل الإباحة مزيداً بسبب رقٍّ ترتب على الإباحة ، وحق من يملك مباحاً أن يكتفي بما يصادفه . هـٰذا توجيه هـٰذا القول .

ومن **أوجب القيمة** ، استمسك باعتبار المآل ، وقال للقائل الأول : إنك تنظر إلى القيمة إذا كانت أقلَّ . فإذا توجه النظرُ إليها ، تعين اعتبارها ، وكان الرق بعد الحرية في العاقبة كالعتق فيه إذا جنىٰ علىٰ عبدٍ ثم عتق ومات .

وأما من قال : يجب أرش الجناية بالغاً ما بلغ ، فليس لهـٰذا اتجاه إلا على المذهب الذي حكيناه **للإصطخري** فيه إذا قطع رجلٌ يدي رجل ورجليه ، ثم ارتد المجني عليه ، ومات ، فإنه يوجب أرش الجراحات ، وإن زادت على الدية ؛ مصيراً إلىٰ أن الإباحة بعد الجناية ، تمنع اعتبار المآل ؛ من حيث لو اعتبر المآل ، للزم الإهدار ، فعلىٰ هـٰذا يتجه إيجاب أرش الجراحات بالغاً ما بلغ .

فإن قيل : كيف وجه التشبيه ؟ والذي ارتد في مسألة **الإصطخري** مات مرتداً ، والمجروح في مسألتنا مات رقيقاً مضموناً ؟ قلنا : وإن كان كذلك ، فالرق مرتب على الإباحة وهو نتيجة الإباحة .

١١٣٩٠ـ وبقي وراء الأقوال مباحثة وإشكال [متلقىٰ][1] من أصلٍ من الأصول التي ذكرناها ، وهو أن من جرح مسلماً ، ثم ارتد ، ثم عاد إلى الإسلام ، ومات في الجراحة ، فإن قلنا : تجب الدية الكاملة ، فلا إشكال في مسألتنا ، وإن رأينا على التخريج أن نوجب بعض الدية ، ونهدر بعضها ، لمكان الإهدار الطارىء ، فعلىٰ هـٰذا يجب إنعام النظر في مسألتنا ، من جهة أن سراية الجراحة بقيت ، وهو حر ثم استرق بعدها ، فحقُّ تلك السراية ألا يُضمن موجبها ، فنقول : يستعمل هـٰذا الأصل على/ ١٧٣ ش

---

(١) في الأصل : « ملتقىٰ » .

الأقوال ، **فإن قلنا** : الاعتبار بالقيمة ، فلا نظر إلىٰ أرش الجناية ، فعلىٰ هـٰذا يخرج أن نقول : يجب ثلثا القيمة ، أو نصف القيمة ، كما ذكرنا هـٰذا في مسألة طريان الرّدة .

وإن قلنا : الواجب على الجاني أرش الجراحة بالغاً ما بلغ ، فلا يعترض هـٰذا الإشكال علىٰ هـٰذا القول ، ولا نظر إلى الإهدار بعد الجراحة ، ولا نظر إلى المآل بحال .

وإن قلنا : على الجاني أقلُّ الأمرين من أرش الجراحة أو القيمة ، فالوجه أن نقول : على الجاني أقلُّ الأمرين : من الأرش أو نصفُ القيمة في قولٍ ، أو ثلثي القيمة في قول ، فنعتبر المناسبة في استخراج الأقل على النسبة التي يقتضيها التخريج في القيمة إذا قلنا : الاعتبار بالقيمة .

هـٰذا نجاز القول فيما يلتزمه الجاني .

١١٣٩١ـ والكلام وراء هـٰذا في أن ما يلتزمه الجاني إلىٰ من يُصرف ؟

نرسل في هـٰذا ما ذكره **المحققون** ، ثم نذكر مستدركاً قريباً بيّناً : فإن قلنا : على الجاني أقلُّ الأمرين من الأرش أو القيمة ، فهو مصروف إلىٰ ورثة المسترَق ، هـٰكذا نصّ **الشافعي** ؛ فإن الأرش إن كان أقل ، فقد جرىٰ في حالة الحرية قبل الإباحة ، وتولّج بينها وبين الرق إباحة فاصلة ، فالأرش مصروف إلى الورثة ، وإن كانت القيمة أقل ، فهـٰذا سمّي قيمة ، وهو في التحقيق بعضٌ من الأرش ، وكأن الأرشَ نَقَصَ بنظرتنا إلى المآل ، فإذا كنا نصرف الأرشَ إلى الورثة بالتقدير الأول ، وهو مثل الجناية ، فالناقص أولىٰ بالصرف إليه .

ووراء هـٰذا غائلة ، ولـٰكن بيان المسألة عند نجازها .

وإن قلنا : الواجب قيمة المسترق بالغة ما بلغت ، فمقدار الأرش من القيمة يصرف إلى الورثة ؛ فإن ذلك ثبت بسبب الجناية ، في الحرية ، وأما الفاضل من القيمة ، فإنه مصروف إلى المولىٰ ، وإن كانت القيمة مثلَ الأرش أو أقلَّ منه ، فهي بجملتها مصروفة إلى الورثة ، وإن قلنا : يجب الأرش بالغاً ما بلغ ، ولا نظر إلى القيمة ، فالوجه القطع بأنه مصروف إلى الورثة ، لا حظ للسيد فيه .

وقال القاضي : يصرف مقدار القيمة من الأرش إلى السيد ، ويصرف الفاضل/ إن فضل شيء إلى الورثة ، وهٰذا غلطٌ صريح ؛ فإنا إذا أوجبنا الأرش بالغاً ما بلغ ، فلسنا نلتفت إلى القيمة ، ولٰكن صاحب هٰذا القول يعتقد أن طريان نقض العهد يمنع اعتبار المآل ؛ فإن الرق وإن أحدث ضماناً ، فهو مترتب على الإباحة كما سبق تقديره ، فإذا كان مقتضىٰ هٰذا القول قطعَ النظر عما بعد الجناية ، وحق مستحق الرق يتعلّق بالرق ، فإنا إذا لم نعتبر القيمة ، ولم نلتفت إليها ، فيستحيل صرف شيء من الأرش إلى السيد ، بل يتعين صرف الأرش بكماله إلى الورثة علىٰ موجب النص . ١٧٤ ي

فالوجه أن نقول : إن حكمنا بإيجاب الأرش ، فهو مصروف إلى الورثة علىٰ مقتضى النص ، وإن قلنا : الواجب القيمة بالغة ما بلغت ، فإن كانت قدرَ الأرش ، أو أقلَّ منه ، فهو مصروف إلى الورثة ، وإن كانت أكثر من قدر الأرش ، فمقدار الأرش مصروف إلى الورثة ، والفاضل مصروف إلى السيد .

هٰذا هو التفريع القويم على الأقوال .

وعلينا بقايا في هٰذه المسألة .

١١٣٩٢ـ ولٰكن حان أن نرجع من هٰذه المسألة إلىٰ ما كنا فيه قبل الخوض في هٰذه من أحكام الأموال التي أودعها ثم استرِق : ظاهر النص أن تلك الأموال فَيْءٌ إذا مات المسترَق علىٰ رقه ، وقبل أن يموت فيه قولان . هٰذا هو النص في الأموال .

ونصَّ في مسألة الجراحة أن الواجب على الجاني مصروفٌ إلىٰ ورثة المسترَق أو بعض ما يجب ، كما فصلنا في التفريع على الأقوال الثلاثة في مسألة الجناية ، ولا فرق ؛ فإن المجروح مات رقيقاً ، والمسترَق الذي كانت له أموال مات رقيقاً ، والتوارث من الرقيق بعيد ، غير جارٍ على القولين في المواريث ، وإن أسندنا الإرثَ إلىٰ ما قبل جريان الرق ، كان هٰذا توريثاً من حي ، ويستوي فيما نبهنا عليه أرش الجراحة والمال .

فقال أصحابنا : في المسألتين قولان بالنقل والتخريج ـ إذا اتصل[1] ـ : **أحد**

---

(١) كذا . ولعل في ذكر عبارة الغزالي في البسيط مزيدَ توضيح ، قال : « فإن قيل : كيف نصَّ =

القولين ـ أن الأموال والأرش علىٰ ما تقدم التفصيل فيءٌ ، فإنها أموال متلقاة من كافر من غير قتال ، وقد عسر تقدير الميراث ؛ من جهة أن التوريث من الرقيق غير ممكن ، والتوريث في حالة الحياة ، لا سبيل إليه ، وهـٰذا عندي أقيس/ القولين . ش ١٧٤

والقول الثاني ـ أن الأموال مصروفة إلى الورثة ، وكذلك الأرش علىٰ ما فصلنا التفريع على الأقوال الثلاثة ، ووجهه أن الأموال كانت مبقّاة فينا[1] علىٰ حكم أمانٍ ونقضُ مالكها العهد لم يُبطل الأمانَ في المال ؛ فإن هـٰذه التفريعات بجملتها مجراة علىٰ أن حكم الأمان يبقىٰ في الأموال ، ثم لو مات الحربي عليها ، فقد ذكرنا قولين في أنه هل يورث ، وصححنا التوريث منه ، فالاسترقاق ينبغي ألا يحُلَّ[2] أمانَ المال ، كما لم يحُلّ نبذُ العهد أمانَ المال ، وإذا لم يحُل أمان المال ، وتعيّن ألا يُصرفَ إلىٰ جهة الفيء ، ثم لا مسلك أخص به من مسلك التوريث ، فاقتضىٰ مجموعُ ذلك الصرفَ إلى الورثة .

فأما امتناع التوريث من الرقيق ، فذاك من تفاصيل شرعنا ، والكفار لا يتعبدون بتفاصيل الشرع إيقاعاً وابتداءً ، ومن زعم أنهم مخاطبون عَنَىٰ بذلك ربطَ المأثم بهم في ردّهم الشرع المشتمل علىٰ تفاصيل الأحكام ، ثم يتعرضون لاستيجاب العقاب علىٰ كلّ محرّمٍ في الشرع اقتحموه ، وكل واجب تركوه ، فأما ربط ما يتعلق بهم بقواعد الشرع وشرائطها ، فلا سبيل إلى التزامها ، فقد جرى القولان في الأموال ، والأروش الذي كنا نصرفه في مسألة الجناية إلى الورثة .

= الشافعي على الصرف إلى الوارث ، وقد مات رقيقاً ، ونص في وديعة المستأمَنَ إذا مات رقيقاً أنه فيء لعسر التوريث من الرقيق ؟ قلنا : من ذلك قال الأصحاب : في المسألتين **قولان بالنقل والتخريج من غير فرق** : **أحدهما** ـ أن المال في المسألتين مصروف إلى الفيء ؛ فإن التوريث من الرقيق بعيد ، وأبعد منه التوريث من الحي لو أسندنا الاستحقاق إلىٰ ما قبل الموت .

والثاني ـ أنه للورثة ، إذ جعلُه فيئاً نقضٌ لحكم الأمان ، فلا بدّ من بقاء الأمان ، ومنع التوريث من الرقيق حكمُ شرعِنا ، فلا ننقض أمان الكفار بهـٰذا العذر ، وهم لا يؤاخذون بحكم شرعنا في الحال » . (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٧٢ يمين) .

(١) فينا : أي في ديار الإسلام .

(٢) ألا يحُل أمان المال : أي ألا يبطل أمان المال .

١١٣٩٣ـ **فإن قلنا** : الأموال والأروش مصروفة إلىٰ مصارف الفيء ، فلا كلام .

وإن قلنا : هي مصروفة إلى الورثة ، ففي طريق الصرف إلى الورثة تردد عندي ، يجوز أن يقال : لا يصرف إليهم إرثاً ، وإنما يصرف من حيث لا يؤخذ منهم ، فالمال في أمانٍ غير منحلّ . وهـٰذا يناظر ما إذا قلنا : من مات وبعضه حر وبعضه رقيق ، فالأموال التي خلصت له بسبب الحرية مصروفة إلىٰ مالك الرق في بعضه ، وليس هـٰذا توريثاً ، وإنما هو صرف مال إلىٰ أخص الجهات ، حيث يعسر إجراء قوانين الميراث ، ولذلك أقمنا السيد مقام العبد المقذوف بعد موته في طلب التعزير ، وليس هـٰذا من التوريث ، ولـٰكنه استمساك بأخص الطرق .

ولو استدّ نظر الناظر ، استبان له أن التوريث بابٌ من التخصيص/ أيضاً ؛ فإن الأموال إذا زال عنها مالكها المختص ، ولا سبيل إلىٰ تعطيلها ، فالوجه إقامة من يختص بالميت مقامه في نسب أو بسبب كما تقتضيه قواعد الفرائض ، هـٰذا مسلكٌ . ١٧٥ ي

ويجوز أن يقال : هـٰذا توريث . وقد صرح بذلك النص ، وأطلقه **الأصحاب** ، ثم علىٰ هـٰذا تردد سيأتي شرحنا عليه ، إن شاء الله تعالىٰ .

فإن قلنا : ليس ما ذكرناه توريثاً ، فلا محاشاة من المصْير إلىٰ أن المال يصرف إلى الأخصِّين يوم الموت ، وإن قلنا : هـٰذا توريث ، فينقدح فيه **وجهان** : **أحدهما** ـ أن نقول : نتبين استناد استحقاق الورثة إلىٰ ما قبل جريان الرق ، فإن قيل : هـٰذا توريث من حيٍّ . قلنا : هو كذلك . والعبارة القريبة من النظم أن نقول : هـٰذا توريث يناظر مسألةً ذكرناها في الجراح ، وهي أن من قطع يد مسلم ثم ارتد المجني عليه ومات مرتدّاً ، فقد قال **الشافعي** : لوليه المسلم القصاصُ في الطرف ، فهـٰذا في التحقيق خلافةٌ أثبتها بين المسلم وبين المجني عليه لمّا كان مسلماً ، فإنه لو اعتبر حالة الممات ، لكان مورِّثاً مسلماً من كافر ، ولا يرث المسلم المرتد عندنا .

والذي يحقق ما ذكرناه أن من استُرق ومات ، فقد زالت أملاكه بالرق ، كما يزول ملك الحي بالموت ، فكان الرق المتقدم علىٰ موته في معنى الموت ، فأثبتنا الخلافة متصلة بمُزيل الملك ، وإن لم تكن متصلة بالموت نفسه .

١١٣٩٤ـ وقد أجرينا في أصول هٰذه المسألة أموراً بديعة من أدناها : أنا قلنا : من جنىٰ علىٰ عبدٍ ثم عَتَق ، فالواجب الدية ، ويصرف قسط منها ، أو كلُّها إلىٰ من كان مالكاً قبل الموت ، وإن كان مستحق الرق [لا يستحق][1] من بدل الحرية شيئاً ، والدية بدل الحر .

ثم إنا خصصنا ما ذكرناه من الخلافة بحال الموت ، لأن الرقيق ، وإن لم يكن مالكاً ، فالملك له متوقع ، ولا إرث ما لم ينقطع التوقع .

هٰذا بيان هٰذه المسألة .

فإن قيل : أين يقع التوريث من الرقيق من صرف شيء من الدية إلىٰ من كان مالكاً في مسألة طريان العتق ؟

ش ١٧٥ قلنا : شرط استحقاق/ الورثة حريةُ من يُتلقى الاستحقاق منه ، كما أن شرط استحقاق المالك رقُّ المجني عليه ، وقد تقدم الرقُّ في مسألة طريان العتق ، ولم نجد سبيلاً إلىٰ إبطال حقّ مُستحِق الرق ، وإن زال الرق بالعتق ؛ لأن العتق لا ينعطف علىٰ ما فات بالجناية . وفي مسألتنا ما فات في زمن الحرية أو مُلك في زمن الحرية ، فالرق لا ينعطف عليه . والحكم السابق لا سبيل إلىٰ إبطاله بما يَلْحق ، علىٰ ما قررناه . فالتقت المسألتان في التحقيق . وإن تقدّمت الحرية في أحدهما ، وتأخرت في الأخرىٰ ، فالمسألتان مفترقتان من الصورة مجتمعتان في الحقيقة .

ومما كان يذكر شيخُنا متصلاً بهٰذا الفصل أنه لو أعتق الذمي عبداً ، وثبت له الولاء عليه ، ثم نقض العهدَ ، والتحق بدار الحرب ، فوقع في السبي ، فأرققناه . فإن مات رقيقاً ، فلا حظ للسيد في ولاء مواليه ومعتَقيه إذا كان ذمّياً ، كما لاحظ له في المال ، وهو لما رَقَّ خرج عن أن يكون مستحِقاً للولاء ، فحكم ولاء المعتقين كحكم الأموال . وقد ذكرنا مصارف أمواله .

وهٰذا الكلام مفهوم في نفسه . ولٰكن ليس على الحد الذي أُحبه ، فإن غاية البيان لا يتأتىٰ في الوَلاء إلا بعد الإحاطة بأصله ، وقد تركت وخلّفت فيما تقدّم غوامضَ من أحكام الوَلاء ، وأنا أرجو من الله تعالىٰ أن آتي بقواعد الوَلاء في بابٍ من كتاب العتق

---

(١) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

علىٰ وجهٍ لا يغادر مشكلة ، إن شاء الله عز وجل .

ثم قال : لو أعتق مالكُ المسترَق ، فهل ينجرّ الولاء إليه ؟ فعلىٰ وجهين . وهـٰذا يستدعي الإحاطة بجر الولاء وموضعه ، وسيأتي ذلك كله في موضعه من باب الولاء إن شاء الله تعالىٰ .

وإذا انتهينا إلىٰ ذلك الباب أعدنا هـٰذه المسائل في الولاء ، وتداركنا ما فيها من إبهام ، إن شاء الله عز وجل .

فَصْلٌ

قال : « ومن خرج إلينا منهم مسلماً . . . إلىٰ آخره »[1] .

١١٣٩٥ـ من خرج إلينا مسلماً من الكفار قبل/ الظفر به ، عصم دمه وأحرز ماله ١٧٦ ي ولا فرق بين العقار والمنقول ، فلو كانت له أموال في دار الحرب لم نعرض لشيء منها ، ولا فَصْل بين مالٍ ومال . فأما الأولاد ، فإن كانوا صغاراً ثبت لهم حكم الإسلام تبعاً ، وإن كانوا كباراً ، فلا يلحقهم من عصمة إسلام أبيهم [شيء][2] ؛ فإنهم مستقلون ، فإن أرادوا العصمة ، فليسلموا ، والإسلام لا يجري مجرى العهود والمواثيق التي تعقد للواحد مرة والجمع أخرىٰ ، وإنما هو اتصافٌ بالدين ، ثم مالُ المسلم معصوم كدمه ، والمتعلقون به يُعصمون لإسلامهم لا لإسلام من ينتمون إليه .

وهـٰذا علىٰ وضوحه يزداد بياناً بأن [نفرّق][3] بين الإسلام والذمة ، فنقول : من عقدنا له الذمة تعدّت قضية الذمة إلىٰ زوجاته وبناته الكفار ، كما تتعدىٰ إلىٰ أمواله ؛ فإنه بذمته يبتغي أن نُقرّه مع أهليه في دار الإسلام ، والبنت الكبيرة لا تقبل الجزية بنفسها ، فاندرجت تحت الذمة المعقودة للذمي .

ومن أسلم من الكفار ، وله بنت كبيرة حربية ، فعصمة إسلام الأب لا تلحقها ؛ فإنها متمكنة من الإسلام انفراداً ، فلْتُسلم ، وهي من طريق التقريب والتشبيه في

---

(١) ر . مختصر المزني : ٥/ ١٨٩ .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : « فرّق » .

الإسلام تنزل منزلة الابن الكبير في الذمة ، فإن الذمّي لا يستتبع بنيه في الذمة ، بل إن أرادوا العصمة ، فليقبلوا الجزية بأنفسهم . فلما تُصوّر استقلالهم لم يتبعوا في الجزية ، والبنت في الاستقلال بالإسلام كالابن ، وهـٰذا وإن أطلناه ، فهو بينٌ عند الفقيه ، لـٰكنا نرىٰ ألاّ نُغفل في تمهيد الأصول جليّاً ولا خفيّاً .

١١٣٩٦ـ ولو بدت تباشير الفتح في القلعة التي حاصرناها ، فمن أسلم قبل حقيقة الفتح ، عصم نفسه وماله ، وتعدّت العصمة إلىٰ صغار أولاده ، من حيث يلحقهم الإسلام علىٰ جهة التبعية . واحتج **الشافعي** في ذلك بقصة **ابني سَعْية**[١] ، كانا من بني قريظة ، فخرجا مسلمين لما حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فعصما بإسلامهما أموالهما/ وصغار أولادهما ، وابنا سَعْية هما : ثعلبة وأُسيد ، وسبب إسلامهما معروف[٢] .

ش ١٧٦

ولو كان الذي أسلم زوجَةً حربية ، فقد قدمنا الخلاف في أن زوجة المسلم هل تُسبى ؟ فذلك الخلاف يعود ، ولو كان للذي أسلم ولدٌ مجتنٌ في بطن حربية ، فإن كانت زوجتَه ، فقد مضى الكلام فيها ، وإن لم يكن عليها زوجية ، فهي مسبية مسترقة ، والجنين الذي في بطنها ، لا يرق ، من جهة أن الإسلام لحقه ، وهو موصوف بالإسلام ، فلا يلحقه السبي والرق ، كالمولود المنفصل .

وخالف **أبو حنيفة**[٣] في مسائل مما ذكرناه منها : أنه قال : من أسلم ، فماله المنقول لا يغنم ، وعقاره يغنم . وقال : لو اشترىٰ مسلمٌ دخل دار الحرب عقاراً ، فهو مغنوم ، وإن كان مِلكَ المسلم . والجنينُ في بطن الأم يلحقه الرّق عنده إذا سبيت الأم .

---

(١) سَعْية : بفتح السين وسكون العين ، وقيل بضمها ، وهو تحريف ، وقيل بالنون بدل الياء المفتوحة ، قاله الحافظ في تنبيهاته في التلخيص .

(٢) الحديث رواه البيهقي في قصة طويلة (ر . السنن الكبرىٰ : ٩/ ١١٤ ، وانظر التلخيص : ٤/ ٢٠٦ ح ٢٢٥٠) وراجع الإصابة : ١/ ٣٣ ، ٤٩ وفيه : أُسيد كما ذكره الإمام ، وقال : « بضم الهمزة ، وقيل بفتحها ، وقيل أسد » أي بدون ياء كما في التلخيص .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، فتح القدير : ٥/ ٢٣١ ، ٢٣٢ ، تبيين الحقائق : ٣/ ٢٥٣ ، ملتقى الأبحر : ١/ ٦٤٥ .

وحكمُ الذمي ، وحكم أمواله الكائنة في دار الحرب سيأتي مستقصىً في كتاب الجزية ، إن شاء الله تعالىٰ ، وسنذكر أحكام المعاهدَ والفرقَ بينه وبين الذمي في هـٰذه القضايا التي أشرنا إليها .

والإسلام بعد الأسر ، ممّا سبق القول فيه في كتاب القَسْم ، وبينا نص **الشافعي** رضي الله عنه ، حيث قال : « **إذا أسلموا بعد الإسار رقّوا** » وأوضحنا تأويل ذلك ، وقد روي أن [عُقيلياً][1] أُسر ، فأسلم بعد الإسار ، فقال صلى الله عليه وسلم : « **لو قيلت[2] قبل هـٰذا ، لأفلحتَ كل الفلاح** »[3] .

فَصْلٌ

قال الشافعي : « قال الأوزاعي : فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة عَنْوة . . . إلىٰ آخره »[4] .

١١٣٩٧ـ حقيقة مذهبنا في ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل مكة مستعداً للقتال لو قوتل ؛ ولـٰكنه لم يقاتل ، فأمّن أهلَ مكة علىٰ جملةٍ ، ثم علىٰ تفاصيلَ ، وأمر بقتل رجالٍ مخصوصين كان عزم علىٰ قتلهم ، وأمر بقتل القَيْنتين ؛ فهـٰذا ما جرىٰ ، وقتل خالدُ بنُ الوليد بين الصفا والمروة طائفةً من بني نُفَاثة[5] ،

(١) عقيلياً : أي من بني عقيل ، وفي الأصل : « عقيلاً » ، وهو تصحيف .

(٢) في الأصل : « قتلت » . والتصويب من نص الحديث .

(٣) حديث « لو قيلت قبل هـٰذا لأفلحت كلّ الفلاح » رواه مسلم وأبو داود والشافعي من حديث عمران بن حُصين (ر . مسلم : النذر ، باب لا وفاء لنذر في معصيته ولا فيما لا يملك العبد ، ح١٦٤١ . أبو داود : الأيمان ، باب النذر فيما لا يملك ، ح٣٣١٦ ، ترتيب مسند الشافعي ٢/ ٤٠٤) .

(٤) ر . المختصر : ٥/ ١٩٠ .

(٥) قال الشافعي : والذين قاتلوا ، وأذن في قتالهم بنو نفاثة قتلة خزاعة (ر . المختصر : ٥/ ١٩٠) وبنو نفاثة هم من بني بكر الذين دخلوا في عهد قريش يوم صلح الحديبية ، وبنو نفاثة هـٰؤلاء هم الذين بيتوا خزاعة ناقضين لعهد الحديبية مما كان السبب في انتصار الرسول صلى الله عليه وسلم لخزاعة ، بفتح مكة ؛ إذ كانت قريش قد شاركت في نقض العهد والعدوان علىٰ =

وقيل : كانوا بيتوا خزاعة المستجيرين برسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يقع ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم موقع الرضا ، ولما رأىٰ بريق السيوف على الميسرة ، والمؤمرُ عليها/ خالد بنُ الوليد ، قال : « **اللهم إني أبرأ إليك مما فعل خالد** » ، وفي الحديث « **أنه ودى القتلىٰ من عند آخرهم ، حتىٰ ميلغة الكلب** »[1] .

ي ١٧٧

فمن قال : دخل مكة عَنوة علىٰ معنىٰ أنه مُنع ، فقاتل ، فليس الأمر كذلك ، ومن أراد بدخوله عَنْوة أنه دخلها بعُدّة علىٰ هيئة الاستمكان من القهر ، فهـٰذا حق لا ينكر ، وما جرىٰ من القتال فيه وصفناه . وليس في الخلاف في هـٰذه المسألة كثير فائدة .

والذي جرى الرسم بذكره في أطراف هـٰذه المسألة ، القول في عقار مكة . وعَقارُها وعِراصها المحياة كلها مملوكة ، كالدور في سائر البلاد ، يصح بيعها ، وتنفذ جميع تصرفات الملاك فيها .

ومذهب أبي حنيفة[2] أن بيع عقار مكة مردود ، ولهم اضطراب ، لا حاجة بنا إلىٰ نقله .

* * *

= خزاعة . (ر . مغازي الواقدي : ٢/ ٦١٢ ، ٧٨٢ ، ٧٨٣ ، واللباب في تهذيب الأنساب : ٣/ ٣١٩ وفيه بنو نفاثة ، وهو بطن من كنانة ، ولا منافاة ؛ فبنو نفاثة من بكر ، وبكر من كنانة) .

(١) خبر قتال خالد يوم فتح مكة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « إني أبرأ إليك مما صنع خالد. . . » رواه البخاري ، والنسائي ، وأحمد ، والواقدي في المغازي ، وابن هشام في السيرة عن ابن إسحاق ، وابن سعد في الطبقات (البخاري : المغازي ، باب بعث النبي صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد إلىٰ بني جذيمة ، ح٤٣٣٩ ، النسائي : آداب القضاء ، باب الرد على الحاكم إذا قضىٰ بغير الحق ، ح ٥٤٠٧ ، المسند : ٢/ ١٥١ ، المغازي للواقدي : ٣/ ٨٨١ ، ٨٨٢ ، السيرة لابن هشام ٤/ ٧٢ـ٧٤ ، طبقات ابن سعد : ٢/ ١٤٨) .

(٢) فيما رأيناه في كتب الأحناف فإنّ أبا حنيفة رضي الله عنه لا يرىٰ بأساً ببيع بناء مكة ، ويكره بيع أرضها ، وكذا إجارة بيوتها في الموسم من الحاج والمعتمر . (ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٦٦ مسألة : ١١٤٦ ، مختصر الطحاوي : ٤٣٩ ، الجامع الصغير : ٤٨١ ، بدائع الصنائع : ٥/ ١٤٦ ، تكملة فتح القدير : ٨/ ٤٩٥) .

باب
وقوع الرجل على الجارية قبل القسمة

قال الشافعي : « إن وقع علىٰ جارية من المغنم قبل القسمة. . . إلىٰ آخره »(١) .

١١٣٩٨ـ مضمون هـٰذا الباب يستدعي تقديمَ القول في أملاك الغانمين في المغنم قبل اقتسامه ، ونحن نذكر في ذلك ترتيباً ضابطاً ، ثم نفُضُّ عليه مسائلَ الباب . وقد استاق **صاحبُ التقريب** فصلاً جامعاً علىٰ أبلغ وجه في البيان ، فقال : إذا غنم الغانمون النساء ، ولم يقسموها ، فهل يثبت الملك قبل القسمة للغانمين ؟ فعلىٰ **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أنه لا يثبت لهم الملكُ حقيقةً قبل القَسْم ، وإنما يثبت له(٢) حق التملك . والدليل عليه أن من أعرض منهم ، سقط حقه ، كما سنصف ذلك ، إن شاء الله تعالىٰ ، في أثناء الفصل ، ولو ملكوا بالاستيلاء ، لاستقر ملكهم ، كما يستقر ملك المصطاد ، والمحتش ، والسارق من مال الكفار من غير مطاردة ، وقال : فإن الأملاك إنما تنضبط بالجواز في العقود التي تلحقها الخيارات .

والوجه الثاني ـ أنه يثبت لهم ملكٌ ضعيف ، كما يثبت الملك للمشتري في المبيع في زمان الخيار على القول الصحيح ؛ فإن سبب الملك الاستيلاء ؛ فاستحال أن يثبت السبب ، ولا يثبت الملك ، وأيضاً ، فإن ملك الكفار زال ، والأموال المغنومة/ ١٧٧ ش أملاك محققة ، ويبعد علىٰ مذهب **الشافعي** ملك لا مالك له .

والوجه الثالث ـ أن ملكهم موقوف ، فإن سلمت الغنيمة حتىٰ قسمت ، تبين لنا أنهم ملكوها لمّا غنموها ، وإن لم تتفق القسمة حتىٰ تلفت الغنيمة ، أو أعرض من يريد الإعراض ، فيتبين لنا أن الغنيمة لم تُملك إن تلفت ، وتبين أنه لم يملكها من أعرض

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٩٠ .

(٢) الضمير يعود على الغانم .

عنها . ووجه هـٰذا : أن الاستيلاء علىٰ حكم تجريد القصد [للملك][1] لا يتحقق في المغانم ، لما أوضحناه من أن الغرض من قتال الكفار إعلاءُ دين الله تعالىٰ ، والذب عن الملّة ، والمغانمُ في حكم التابع ؛ فإذا فُرضت القسمة فيها ، تبينا حقيقةَ الاستيلاء ، وإن فرض تلفٌ أو إعراض ، تبيّنا نقيضه . فهـٰذا وجهُ الوقف .

ثم إذا فرعنا علىٰ قول الوقف ، فقسمت الغنيمة ، فالرأي الحق أنا لا نقول : نتبين أن حصة كل واحد من الغانمين كانت له على التعيين قبل القسمة ، ولـٰكن معنى التبيّن أنهم إذا اقتسموها ، تبيّنا أنهم ملكوا المغنم لما استولَوْا عليها ملكاً شائعاً ، وتمييز الحصص يحصل بالقسمة ، كما يقسم الورثةُ التركة ؛ فإن القسمة تُخَلِّص لكل واحد حصته بالقرعة .

وحكىٰ **صاحبُ التقريب** وجهاً غريباً مفرعاً علىٰ قول الوقف ؛ فقال : إذا اقتسم الغانمون ، تبيّنا أن كل واحد منهم ملك الحصة التي أصابته عند الاستيلاء على المغنم ، وهـٰذا علىٰ نهاية البعد ، ولـٰكن نقله **صاحب التقريب** ، وفرّع عليه ، كما سنبين تفريعه ، إن شاء الله تعالىٰ .

ووجه هـٰذا الوجه علىٰ بعده أن كل واحد منهم قبل القسمة كان علىٰ خِيَرةٍ من أمره ، إن شاء أعرض ، وإن شاء طلب حقَّه من المغنم ، وليس كذلك الأملاك المشتركة بين الشركاء ، فإذا حصل الاقتسام ، فتمام الاستيلاء في حق كل واحد منهم يتحقق بالقسمة ، فالغرض يتضمن الانعطافَ علىٰ أول السبب ، وهـٰذا وإن تكلفنا توجيهه ليس بشيء .

١١٣٩٩ـ ومما نذكره في أصل الملك أن من أعرض من الغانمين عن حصته قبل القسمة/ ، سقط حقه من المغنم . وهـٰذا يدل علىٰ عدم ملكه . أو علىٰ ضعف ملكه ، أو علىٰ تردد علىٰ مقتضى الوقف . ي ١٧٨

ثم قال **الأئمة** : لو أفرزنا الخمس ، وأفرزنا من رأس المغنم السّلَب علىٰ تفاصيلَ تامة جرت في القَسْم ، وبقيت حقوق الغانمين ، فلو أعرض واحد منهم بعد إفراز

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

الخُمس ، وما يخرج من رأس المغنم ، فهل يسقط حق المُعْرِض بالإعراض والحالة هـٰذه ؟ ذكر **صاحب التقريب** أن المذهب أنه يَسقط حق المُعْرِض ، وقال : وذكر **ابن سُرَيج** قولاً مخرجاً أن الإعراضَ بعد ما وصفناه من الإفراز لا يتضمّن إسقاطَ حق المعرض .

وحقيقة القولين ترجع إلىٰ أن الملك هل يستقر بما وصفناه ، من الإفراز حتىٰ يصير الغانمون في حقهم الخالص بمثابة المشتركين في مالٍ ؟ أم لا يستقرّ ملكهم ما لم يقتسموا حصصَهم ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ وهو المنصوص عليه أنه لا يستقر ملكهم ، **والثاني** ـ وهو المخرّج ـ أن ملكهم يستقر . والتوجيه بيّن . فمن مال إلىٰ أن ملكهم لم يستقر احتج بأن إفراز الخمس لا يُثبت القسمة في حقوقهم . وهم فيما يُخصّ بهم[1] كما لو كانوا من قبل . وهـٰذا يتأيد بالدلالة التي جعلناها عماد الباب ، وهي أن الغنيمة في وضع الشرع ليست مقصودة ، وإنما يتأكد القصد فيها بالقسمة ، وإفراز الخمس يؤكد قصدَ الغانمين في حصتهم .

والذي أراه في تنزيل القول المخرّج أن الإمام لو استبدّ بإخراج الخمس ، فحقوق الغانمين لا تحول عما كانت عليه ؛ لأنهم لم يُحدثوا في المغنم أمراً يشعر بتجريدهم القصد إليه ، وإن استقسموا الإمام ، واستدعَوْا منه أن يميز الخمسَ ، فأجابهم الإمام ، فهـٰذا يشعر باختيارهم تأكيدَ حقوق أنفسهم . وهـٰذا التفصيل مني . والذي حكاه **صاحب التقريب** مطلق ، لا تفصيل فيه .

١١٤٠٠ـ وينبني علىٰ ما حكيناه من المنصوص والمخرج أمرٌ ، لا بدّ من التنبيه له : وهو أن ظاهر كلام **الأصحاب** أن من أعرض عن حصته ، أُخرج من البَيْن ، ويقدّر/ ١٧٨ ش كأنه لم يكن ، ويخمّس المغنم ، ويصرف أربعة أخماسه إلى الذين لم يُعرضوا .

ويظهر مما حكاه **صاحب التقريب** من تخريج **ابن سُريج** أن نصيب المعرض ينقلب إلى الخمس ، ولهـٰذا يسقط أثر الإعراض بإفراز الخمس ، وهـٰذا يتأكد بشيء ، وهو أن الخمس لا يتصوّر إسقاطه ، وهو متأكد ، لا يتطرق إليه الخِيَرَةُ وإمكان الإعراض ، فلا

---

(١) من أَخصه به : أي خصّه .

يبعد أن يكون [أصلاً][(١)] يرجع إليه [ما يسقطه][(٢)] كل معرض ، ويحسن [الاستئناس][(٣)] بعد ذلك بقوله تعالىٰ : ﴿ قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ [الأنفال : ١] فالأصل أن تكون المغانم لله تعالىٰ ، ومن أعرض ، رجعت حصته إلىٰ أصلها .

وهٰذا استخراج وتكلّف ، والمذهب الذي عليه التعويل ما قدّمناه من إخراج المُعرِض من البَيْن ، والمصيرُ إلىٰ أنه كالمعدوم ، وتنزيلُ القسمة على الخُمس والأربعة الأخماس المصروفة إلى الذين لم يُعرضوا .

١١٤٠١ـ ومما ظهر اختلاف **أصحابنا** فيه أن الغانمين بجملتهم لو أعرضوا ، فهل يصح إعراضهم أم لا ؟ ؟ **فالذي ذهب إليه المحققون** أنه تسقط حصصهم بإعراضهم ، وينعكس الأربعة الأخماس علىٰ مصارف الخمس ، وتتوزع عليها .

ومن أصحابنا من قال : إذا أعرضوا بجملتهم ، لم يسقط بإعراضهم شيء من حقوقهم في المغنم ؛ لأنه يبقىٰ ـ لو قدّرنا الإسقاطَ ـ كالخمس ومصارفه ، ولا وجه لصرف مال الغنيمة إلىٰ هٰذه المصارف دون غيرها ، فينبغي أن يكون المغنم مخموساً . قال الله تعالىٰ : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [الأنفال : ٤١] وهٰذا التردد مترتب علىٰ ما هو المذهب من أن حصة المُعرض تفضّ على الخمس أو الأربعة الأخماس .

ومما يتعلّق بما نحن فيه أن الغانمين إذا أعرضوا ، فالأقيس سقوط حقوقهم ، كما قدّمنا ، فلو قالوا : اخترنا القسمة ، فهل تلزم أملاكهم بالاختيار ، كما تسقط بالإعراض ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه لا حكم/ للاختيار ، ولا تستقر الحصص إلا بالقَسْم والإفراز . **والثاني** ـ أن حقوقهم وأملاكَهم تستقر ، حتىٰ لو فرض إعراضٌ لم يؤثر . ي ١٧٩

وقال **شيخنا** : لو أعرض القاتل عن سَلَب القتيل : هل يسقط حقه من السلب

---

(١) في الأصل : رسمت هٰكذا « معصا » بدون نقط ولم ، أُلْهم قراءتها .

(٢) في الأصل : « وهو ما يسقطه » .

(٣) مكان كلمة غير مقروءة في الأصل ، رسمت هٰكذا : « المر » بدون نقط .

بالإعراض ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدها** ـ يسقط كحصة الغانم من المغنم ، **والثاني** ـ لا يسقط ؛ لأنه يتعين له ، فصار كتعين الحصة بالقَسْم . وهـٰذا يضاهي الخلافَ في إعراض جميع الغانمين ، فإن جملة المغنم متعينة لهم ، ثم في إعراضهم من الخلاف ما قدّمناه .

وأصحاب الرضخ إذا أعرضوا ، وكانوا مالكين لأنفسهم ، فهو كإعراض أصحاب السهام ، وإن رأينا أخذَ الإرضاخ من رأس المغنم ، فلا نظر في ذلك .

والعبيد يصرف ما يقابلهم من الإرضاخ إلىٰ مواليهم ، ولا حكم لإعراض العبيد ؛ فإنه لا حق لهم ، وإذا أعرض سادتهم ، سقط ما يصرف إليهم ، وإن لم يكونوا من الغانمين ؛ فإن إعراض الغانم مع اختصاصه بالاغتنام إذا أسقط حقه ، فإعراض من يملك بواسطةٍ أولىٰ بأن يسقط حقه .

١١٤٠٢ـ ولو أعرض ذوو القربىٰ عن حصتهم من المغنم ، فكيف حكمه ؟ وإنما فرضنا الكلام فيهم ، فإنم يُستوعبون ، بخلاف اليتامىٰ على الرأي الظاهر ، فليسوا في حكم الجهة المبنية على الصفة نحو[١] الفقراء في الصدقات ، فإذا أعرضوا عن حقوقهم ، فهل تسقط حقوقهم ؟

الأظهر أنها لا تسقط ؛ فإن هـٰذا منحة أثبتها الله تعالىٰ لهم من غير مقاتلة وشهود وقعة ، فليسوا كالغانمين الذين يحمل شهودهم علىٰ إعلاء كلمة الله تعالىٰ ، ويمكن أن يقال : تسقط حقوقهم بالإعراض قبل القسمة كالغانمين ، فإن ما يُصرف إليهم ملكٌ لا يرعىٰ فيه الحاجة ، فكانوا كالغانمين ؛ وقد صح : « **أن عمر التمس من عثمان وعلي والزبير ، وجبير بنِ مطعم أن يتركوا حقوقهم من غنيمةٍ كانت وافت المدينةَ من الأهواز** » . وهـٰذا فيه سؤالان : **أحدهما** ـ أن يقال : لعله استقرض منهم . وفي بعض الروايات ما يدل علىٰ ذلك ، ولـٰكن قول **الزبير لعثمان** : « **لا تطمعه في حقنا ؛ فإنه إن أسقطه ، لم يعد** »[٢] . يدل علىٰ أنه ما استقرض . هـٰذا وجه .

---

(١) نحو : أي مثل .

(٢) خبر عمر مع عثمانَ وعليٍّ والزبير وجبير بنِ مطعم في ترك حقوقهم من غنيمة وافت المدينة من الأهواز ، لم نصل إليه ، والذي رأيناه أنَ القصة جرت لعمرَ مع علي والعباس ، فقد روى =

ش ١٧٩ **والوجه الثاني** ـ أنه/ استوهبهم ، فوهبوه . وهٰذا هو الظاهر . وانتجز به ما حَضَرنا من أحكام الإعراض عن المغنم . وقد انتهىٰ به الكلام الكلي في أملاك الغانمين .

١١٤٠٣ـ ونحن نخوض بعد ذلك في تخريج المسائل ، فأول مسألة نُفَرِّعُها المسألةُ التي صدر **الشافعي** البابَ بها ، وهي إذا كان في المغنم جاريةٌ ، فوطئها أحدُ الغانمين ، فلا يخلو : إما إن أحبلها ، أو لم يحبلها . فإن لم يحبلها ، فلا يخلو : إما إن وقعت تلك الجارية في قسمته ، أو وقعت في قسمة غيره ، لما قسمت الغنيمة ، فإن وقعت تلك الجارية في حصة غيره ، فلا يخلو : إما إن كان الغانمون محصورين ، أو كان بحيث يتعذر ضبطهم لكثرتهم ، فإن كانوا محصورين يتيسر ضبطهم ، فحكم المهر يُخرَّج على الملك . **فإن قلنا** : لا يثبت لواحدٍ منهم ملك على الحقيقة قبل القسمة ، فالواطىء يلتزم مهرها مكملاً ، ويُردّ مهرُها على المغنم ، ويقسم بين الغانمين كسائر الغنيمة .

وإن قلنا : يملك كلُّ غانم حصته ، فالمذهب أن الواطىء يُغرَّم مهرَ الجارية إلا قدر حصته ، فإنَّ وطأه صادف ملكه ، وملكَ غيره ، فسقط قدرُ حصته من الغنم .

ومن قال : إذا وقع شيء من المغنم في حصة واحد ، تبيّنا أنه كان ملكاً له وقت الاغتنام ، فعلىٰ هٰذا إذا كانت الجارية واقعةً في حصة غير الواطىء ، فتمام المهر يجب أن يصرف إليه .

هٰذا مقتضىٰ هٰذا الوجه ، والتفريع عليه أضعف منه .

= الشافعي عن إبراهيمَ بنِ محمد عن مطر الوراق ورجل لم يسمه كلاهما عن الحكم بن عيينة ، عن عبد الرحمـٰن بن أبي ليلىٰ أنه سأل علياً : ما فعل أبو بكر وعمر في حقكم أهلَ البيت من الخمس ؟ فقال علي : « أما أبو بكر فلم يكن في زمانه أخماس ، وما كان فقد أوفاناه . وأما عمر فلم يزل يعطيناه حتىٰ جاء مال السدس والأهواز ، فقال (عمر لعلي) : في المسلمين خلّة ، فإن أحببتم تركتم حقكم فجعلناه في خلة المسلمين حتىٰ يأتينا مال فأوفيكم حقكم منه . فقال العباس لعلي : لا نطمعه في حقنا . فقلت : يا أبا الفضل ألسنا أحق من أجاب أمير المؤمنين ورفع خلة المسلمين . فتوفي عمر قبل أن يأتيه مال فيقضيناه » . والحديث رواه أبو داود بألفاظ أخرىٰ مقاربة (ر . الأم : ٤/١٤٨ ، مختصر المزني : ١٥١ ، أبو داود : الخراج ، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربىٰ ، ح٢٩٨٤) .

ولو وقعت تلك الجارية في حصة الواطىء ، فالمذهب في المهر كالمذهب فيه إذا وقعت في حصة الغير ، **ومن أصحابنا من قال** : لا شيء على الواطىء بناء على أنا نتبين أنها كانت في ملك من وقعت في حصته ، وهٰذا ساقط ، ولٰكن نقله **صاحب التقريب** ، وصرح بهٰذا التفريع . ولا عود إلىٰ هٰذا الوجه بعد ذلك . وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الجند محصورين .

فأما إذا عسر ضبطهم لكثرتهم ، فقد قال **الأصحاب** : إذا رأينا تغريمه المهر ، غرّمناه تمام المهر ؛ فإن حصته من المهر ليس يتبين قدرها ؛ فالوجه أن يُغرَّم تمامَ المهر/ ويردّ إلى المغنم ، ثم إذا قسم ما غرمه مع المغانم يرجع إليه مِنْ عَينِه أو بدلِه ما يوجب سقوط الغرم في حصته . ١٨٠ ي

هٰذا ما ذكره **الأصحاب** .

قلت : وهٰذا فيه إذا طابت نفس الواطىء بأن يغرم جميع المهر . فإن قال : لا تغرموني الجميع وأسقطوا مقدار حصتي ، فلا بد أن يجاب ؛ فإن الجند وإن كثروا ، فلا بدّ من إمكان حصرهم ، ولولا ذلك ، لما تُصوّرت القسمة عليهم . ويستوي إذا كان المغنوم نزراً أو كثيراً ، أو كان أقلّ من مهر الجارية في مسألتنا ، ثم إذا تيسر الضبط ، فنأخذ [المستيقن][1] ، وإن تفرقوا وعسر الأمر ، فلا يخفى الحكم في مثل هٰذه القضية ، والوجه أن نحط عنه المستيقنَ ، ونتوقفَ في الباقي ، كما نفعله في الحقوق المشكلة ، وكل ما ذكرناه إذا وطىء الجارية ولم يحبلها .

١١٤٠٤ـ فأما إذا وطىء جارية وأحبلها ، فالذي ذكرناه قصداً ولم نفرّع عليه الكلامُ في الحدّ ؛ فإن المذهب أنه لا يجب ، ويخرَّجُ فيه القول **القديم** الذي ذكرناه في وطء أحد الشريكين الجارية المشتركة ، وليس من الترتيب تطويل المسائل بالمكررات ، وعلينا شغلٌ شاغل من الإطناب في البحث عن أعواص الفقه ، فلو ضممنا إليه أدراج الوجوه البعيدة في التقاسيم ، لطال الكلام ، وتعدّىٰ حدَّ الاعتدال . فنعرّج علىٰ أن الحدّ لا يجب ، والقولُ في المهر كما قدّمناه إذا عري الوطء عن الإحبال ، لا يختلف

---

(١) زيادة اقتضاها السياق ، وهي عند الغزالي في البسيط .

منه شيء بإفضاء الوطء إلى الاستيلاد ، ولهٰذا قلنا : الأب إذا وطىء جارية الابن التزم مهرَها ، سواء أحبلها أو لم يحبلها .

١١٤٠٥ـ فأما حكم الاستيلاد والولد ، فإنا نذكره ، وهو المقصود ، والكلام يقع في **فصلين** : **أحدهما ـ** في الموسر إذا أحبل جاريةً من المغنم . **والثاني ـ** في المعسر .

فأما الموسر ، فقد قال **الأصحاب** : أما الولد ، فإنه نسيب حرٌّ ، وقال **أبو حنيفة**[1] : لا يثبت النسب ، والولد رقيق ، وفي حرّية الولد مباحثة سننعطف عليها بعد طرد ترتيب المذهب في الاستيلاد ، فليثق الناظر بحرية الولد/ . ش ١٨٠

فأما ثبوت الاستيلاد ، **فلأصحابنا** طريقان : قال **صاحب التقريب** : إن قلنا : الغانم لا يملك قبل القسمة ، فلا يثبت الاستيلادُ في شيء من الجارية ؛ فإن وطأه لم يصادف ملكه ، ولـٰكن لو وقعت الجارية في حصته ، فهل تصير الآن مستولدة ؟ **فعلىٰ قولين مشهورين** ، ذكرناهما في نظائر هـٰذه المسألة . **وإن قلنا** : **الغانم** يملك ملكاً واهناً ضعيفاً ، ففي ثبوت الاستيلاد **وجهين** في حصة الغانم ؛ إذ الملك ضعيف ، وهما كالوجهين في أن المشتري إذا استولد الجارية في زمن الخيار ، وقلنا : الملك له ، فهل ينفذ استيلاده ؟ فيه اختلاف وتفصيل ذكرناه في موضعه . هـٰذه طريقة .

ومن أصحابنا من قلب هـٰذا الترتيب ، وقال : إن قلنا : يُنسب الملك للغانم ، فالاستيلاد يثبت ، وإن قلنا : لا ملك له قبل القسمة ، ففي ثبوت الاستيلاد قولان مرتبان على القولين في إحبال الأب جارية الابن ، ولو رتب مرتب ، وجعل الاستيلاد في جارية المغنم أولىٰ بالنفوذ ، لم يكن مُبعداً ؛ فإن حق الغانم في المغنم لاينكر ، ولا حق للأب في جارية ابنه ؛ إذ لو كان له فيها حق ، [لحرمت][2] على الابن ، كما تحرم جارية المغنم على الغانم .

وعندي أن أخذ هـٰذه المسألة من استيلاد الأب جاريةَ ابنه ليس بسديد ؛ فإن نفوذَ الاستيلاد في حق الأب ليس بقياس بدليل ما ذكرناه من خلوص الجارية ملكاً تاماً للابن .

---

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٤٧٤ مسألة رقم ١٦٢٩ .

(٢) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

ثم إذا أطلقنا القولَ بالاستيلاد ، فمن ضرورة هـٰذا التسرية[1] ، وبها يكمل الاستيلاد ، وليقع التفريع علىٰ أن [الشريك][2] الموسر إذا أولد الجارية المشتركة ، سرى استيلاده في الحال ، غيرَ متوقف علىٰ أن يغرم لشريكه قيمةَ حصته .

ثم إن حكمنا بثبوت الاستيلاد ، وهو المذهب الصحيح ؛ فإن قيمة الولد تخرج على الترتيب الذي ذكرناه ، فإن كان الجند محصورين ، أسقطنا حصة المستولِد من المغنم ، وغرمناه الباقي ، [وخصصنا][3] به من عداه من الغانمين . وإن كانوا غير محصورين ، فقد أوضحنا أن وجه الرأي أن يغرم كمال القيمة ، ثم نُلقي القيمة في المغنم فإذا فُضت/ ، رجع إلى الغانم بتعديل السهام حصتُه من هـٰذه القيمة أو من بدلها . ١٨١ ي

١١٤٠٦ـ ثم ذكر **صاحب التقريب** تفريعاً علىٰ هـٰذا المنتهىٰ ، وقال : إذا قلنا لا يثبت الاستيلاد في حصته أيضاً ، فقد قدمنا أن الولد حرٌّ علىٰ ما سنبحث عنه حق البحث ، إن شاء الله تعالىٰ . فالجارية في المغنم حبلىٰ بولد حر من الواطىء ، وأوضحنا في كتاب البيع أن الجارية الحبلىٰ بالولد الحر لا يصح بيعها علىٰ ظاهر المذهب ، ما دامت حبلىٰ .

فعلىٰ هـٰذا يمتنع إدخالها في القسمة ، ما دامت حاملاً . هـٰكذا ذكر **صاحب التقريب** . ثم بنىٰ عليه . وقال : يجوز أن يقال : تقوّم الجارية على الواطىء ، فإن كانت قيمتها مقدارَ حصته أو أكثر ، فتسلّم إليه الجارية من جملة المغنم ، والغرض من ذلك أنها تتعين له من غير إقراع ، وهـٰذه المسألة فيها احتمال وتردد ، فيجوز أن يقال : [توقف] الجارية إلىٰ أن تلد ، ثم تُلقَىٰ في القسمة ، ويجوز أن يقال : إنما تلقىٰ في القسمة وإن كانت حاملاً ، ونَفصل بين القسمة والبيع ، ويَقْوىٰ هـٰذا إذا قلنا : القسمة إفراز حق وليست ببيع ، وقد نُجيز القسمةَ حيث لا نُجيز البيع .

---

(١) التسرية : سريان الاستيلاد ، فتصير الجارية بجملتها أم ولد ، وليس حصة الواطىء فقط .
(٢) في الأصل : « شريك » ، والمثبت من تصرف المحقق .
(٣) في الأصل رسمت هـٰكذا : وحمضا (تماماً رسماً ونقطاً) .

قال صاحب التقريب : ويجوز أن يقال : يُغَرَّمُ الواطىء قيمةَ الجارية ، فتُلقىٰ[1] في القسمة ؛ لأنه أوقع بإيداع رحمها الولدَ الحرّ حيلولة بينها وبين الغانمين .

١١٤٠٧ـ فأما القول في قيمة الولد ـ وقد أجرينا الحكم بحرية الولد ـ ففي لزوم قيمة الولد قولان معروفان إذا أثبتنا الاستيلاد ، كالقولين فيه إذا وطىء أحد الشريكين الجارية المشتركة وأولدها ، وقضينا بنفوذ الاستيلاد ، وهـٰذا يرجع إلىٰ أن الملك متىٰ ينتقل إلى المستولِد ؟ وفيه قولان : **أحدهما** ـ أنه ينتقل إليه قبل العلوق . **والثاني** ـ أنها تنتقل إليه مع العلوق أو بعده ، وقد ذكرنا حقيقة هـٰذين القولين في كتاب النكاح ، عند ذكرنا استيلاد الأب جاريةَ ابنه ، فإن لم نوجب القيمة ، فلا كلام ، وإن أوجبناها ، فإنما تجب حصةُ من عدا الواطىء من الغانمين ، ثم يعود التفصيل إلىٰ كون الجند محصورين ، أو غير محصورين ، وقد تمهد ذلك في المهر ، وفي قيمة الأم[2] ، فلا حاجة إلىٰ إعادته .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الواطىء/ موسراً . ش ١٨١

١١٤٠٨ـ فأما إذا كان الواطىء معسراً ، وقلنا : لا يثبت الاستيلاد في حصة الموسر ، فلا شك أنه لا يثبت في نصيب المعسر ، وإن قلنا : يثبت الاستيلاد في حصة الموسر ، فيثبت أيضاً في حصة المعسر ، ولـٰكن لايسري ، ثم إن كان الجند محصورين ، يثبت الاستيلاد في حصة المعسر ، والغرض يتبين بإيضاح حصته ، فإن كانت الجارية جميعَ المغنم ، فحصة المعسر بينة ، وإن كانوا قد غنموا غيرها ، فالمعسر غنيٌّ بما يزيد علىٰ حصته في هـٰذه الجارية ، فإن كانت حصته في سائر المغنم وافية بقيمة الجارية ، أمكن أن يقال : يثبت الاستيلاد ، تعويلاً علىٰ غناه بغير حصته من الجارية من سائر المغنم علىٰ [ترتيب][3] سنبينه ، إن شاء الله تعالىٰ .

وإن كان ما يخصه من غير الجارية لا يفي بقيمة الجارية ، فيثبت السريان في

---

(١) أي تُلقَىٰ قيمة الجارية في القسمة .
(٢) أي الجارية المستولدة .
(٣) في الأصل : « تدبّر » . والمثبت من المحقق علىٰ ضوء المعهود من ألفاظ الإمام ، والسياق .

الجارية بمقدار ملكه ، كما سيأتي شرح ذلك في باب العتق ، إن شاء الله .

ومنتهى البيان يقف علىٰ أمرٍ لا بدّ من التنبه له ، وهو أن الأمر في الحكم بغناه بنصيبه من غير الجارية موقوف علىٰ ألاّ يُعرِض ، ويستقرَّ ملكُه في غيرها ، مما تفصل من قبل ، فلو أعرض ، تبينا أنه لم يكن غنياً ، وأن [العتق][1] يقتصر علىٰ حصته من الجارية ، ولا نقول : حق سريان العتق يُلزِمُه اختيارَ حصته ؛ فإن الاختيار بمثابة ابتداء الاكتساب في الغرض الذي نطلبه ، وينشأ من هـٰذا أن الغانم إذا أفلس ، وضرب القاضي عليه حجرَ الديون التي ركبته ، فحقه من المغنم لا يلزم ، بل هو علىٰ تردده في الإعراض ، وطلب الحق .

ولو كان الغانم سفيهاً ، فإعراضه هل يُسقط حقَّه من المغنم ؟ هـٰذا فيه ترددٌ ، ولعل الأظهر أن حقه يلزم ؛ فإنه حق ملك ، والإعراض في حق المطلق[2] يُسقطه ، فيبعد أن يملك السفيه إسقاطَ حق الملك .

وإن قلنا : لا ملك للغانم ، وهو أضعف الوجوه ، فقد ينقدح عليه تردد بأن حقه من المغنم هل يسقط بالإعراض ؟ ولو تبين رشده قبل اتفاق قسمة المغنم ، فأعرض ، سقط ، ولا/ نقول : كونه سفيهاً حالة الاستيلاد يقرر ملكه علىٰ وجهٍ لا سبيل إلىٰ دفعه . ١٨٢ ي

١١٤٠٩ـ ولو حضر المراهق ، وثبت له الرضخ ، باستيلاء جند الإسلام ، وانفلال الكفار ، فلم تتفق القسمة حتىٰ بلغ الصبي رشيداً ، فأعرض ، سقط حقه ، ولو ثبت حق الشفعة للطفل ، فإن أخذ الولي الشقص المبيع بالشفعة علىٰ موجب الغبطة ، ثم بلغ الصبيُّ ، لم يملك الردَّ ، ولو لم يتفق أخذ الشقص حتىٰ بلغ الصبيّ رشيداً ، فعفا عن الشفعة ، سقطت الشفعة ، وأَخْذُ الشقص بالشفعة من الولي يناظر ما لو قُسّم المغنم .

---

(١) في الأصل : « المعتق » .
(٢) المطلق : المراد غير المحجور .

و[لو][(١)] أخذَ نصيبَ المراهق أو السفيه ، ثم رشد السفيه ، وبلغ المراهق ، فلا أثر لإعراضهما بعد القسمة[(٢)] .

ولو كان اشترى الرجل شيئاً علىٰ شرط الخيار ، ثم ضرب القاضي عليه حجراً بالفَلَس ، وقلنا : الملك في زمان الخيار للمشتري ، فقد ذكرنا تردداً في [أصل][(٣)] المذهب في أن الخيار هل يبقي للمفلس المحجور عليه ، حتىٰ يملك الفسخَ ، والغبطةُ في الإجازة ، فإن خرّج الفقيه إعراض السفيه عن المغنم علىٰ تصرفه في الخيار بعد الحجر عليه ، لم يبعد ، وهـٰذا الكلام نشأ من قولنا : الاستيلاد لا يُلزم المستولد تقريرَ الملك في المغنم ، حتىٰ يصير غنيّاً به ، وهـٰذا لا مراء فيه ، ثم تشعب الكلام في أساليبه .

هـٰذا قولنا في الاستيلاد .

١١٤١٠ ـ فأما الولد وقد تبعض الاستيلاد ، ففيه وجهان : **أحدهما** ـ أنه مخلوقٌ حراً بجملته . **والثاني** ـ أن الحرية مقدارُ ما يثبتُ الاستيلادُ فيه من الأم ، فتقع الخلقة على التبعيض في الرق والحرّية .

توجيه الوجهين : من قال : جميعُ الولد مخلوق حراً ، استدل بأن الشبهة تعم الجارية ، وحريةُ الولد تثبت بالاستيلاد ، وإن كان الاستيلادُ لا يثبت بها . والدليل عليه أن من وطىء جارية الغير ، وظنها جارية نفسه ، أو ظنها زوجته الحرة ، فالولد ينعقد حراً ، وإن كان الوالد معسراً ، والاستيلاد لا يثبت في الحال ، ولو ملك الجارية يوماً ؛ فإذ ذاك يخرج قولان مشهوران في صور الاستيلاد ، فإذا عمت الشبهة جارية المغنم علىٰ معنىٰ أنها قد تكون حصتَه/ ، وقد يُعرِض أصحابه ، فتخلُص له : ولا حاجة إلىٰ ذلك ؛ فإن الشبهة بالشركة عامة ، ولهـٰذا يَسقُط الحدّ عنه ، ونشأ تفريع هـٰذه المسألة علىٰ أن الحد لا يجب علىٰ أحد الشريكين بوطء الجارية المشتركة . (ش ١٨٢)

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) المعنىٰ : لو أخذ **الولي** نصيب المراهق أو السفيه . . . إلخ .
(٣) مكان بياض قدر كلمة .

ومن قال بالوجه الثاني احتج بتبعيض الاستيلاد ، وانفصل عن وطء الجارية بالشبهة ، وقال : لا معترض على الشرع في تنزيل الظن منزلة الحقيقة ، ثم إذا تمهد هـٰذا ، فالظن متعلّق بجميع الجارية ، والأمر متبعضٌ في مسألتنا ، والشبهة من الملك تؤخذ عمن هو[1] متبعض ، فإذا زال الظن ، ووقع وطؤه في ملكه وملكِ غيره ، وجب تبعّض الولد في الحرية والملك .

وقد ذكر أصحابنا وجهين في أن الإمام إذا أراد أن يُرِق النصفَ من الأسير ، ويُبقي نصفَه على الحرية ، فهل له ذلك ؟ وجهان : أحدهما ـ له ذلك ، وهو القياس ، والثاني ـ ليس له ذلك ؛ فإن الرأي في الإرقاق وغيرِه في الخلال لا يكاد يتبعّض ، وليس هـٰذا خِيَرةً من الإمام ، فلا وجه إلا الإرقاق ، أو التعلّق بجهةٍ أخرىٰ من الجهات .

وسئل القاضي عن وطء امرأة نصفها حرٌّ ، ونصفها رقيق في نكاح أو زنا ، فالولد الذي تأتي به كيف حكمه في الحرية والرق ؟ فقال : يمكن أن يخرج ذلك على الوجهين في ولد الجارية المشتركة من الشريك المعسر ، ثم استقر جوابه بعد أيام علىٰ أن الولد بمثابة الأم ، تعلّقاً بقول الشافعي : « ولد كل ذات رحمٍ بمثابتها » .

ومعنىٰ هـٰذا الكلام أن حكم الولد إذا كان يؤخذ من ذوات الرّحم ، فولدها بمثابتها ، وليس هـٰذا كالجارية المشتركة ؛ فإن [الشركة][2] قد تُظن شبهة عامة في الجارية ، وهاهنا لا مجال لتقدير الشبهات ، فإن الزوج إذا وطىء زوجته لم تأت حرية الولد إلا منها ، فيجب القطع بما استقر عليه جوابه .

١١٤١١ـ فإن قيل : هـٰذا الذي ذكرتموه في الولد إذا ضُم إلىٰ ما قدّمتموه فيه إذا كان المستولِد موسراً/ ، ينشأ منهما تناقض . وذلك أنكم قطعتم أن الولد حرٌّ بجملته ، وذكرتم قولاً أن الاستيلاد لا ينفذ أصلاً إذا قلنا : لا ملك له . أو قلنا : يثبت الملك ولـٰكنه ضعيف ، بقي الاستيلاد لا أصل له ، كما أن نَفْيَ الملك لا أصل له ، فلا يؤاخذ بما لا حقيقة له . ١٨٣ ي

---

(١) كذا قرأناها بصعوبة .

(٢) في الأصل : « المشتركة » .

وإذا تقرر هٰذا ، فالوجه إثبات الاستيلاد في حصته ، فإن سرَّينا ، نقضي بأن الولد حر كله ، وإن لم نثبت الاستيلاد في جميع الجارية وقوعاً [فإن](١) اليسار إذا كان يوجب تكميل الاستيلاد بطرق السريان ، فاليسار أيضاً يوجب تكميل الحرية في الولد بطريق منع الرق ؛ إذ لا أصل في استيلاد الولد ، غير أن طريق التكميل فيه بتقرير وقوع الخِلقة في الحرية ، كولد المغرور ، ثم الغرم يناط به إن لم ينقل الملك في المستولدة إلىٰ ما قبل العلوق ، وإذا كان الوالد معسراً ؛ فلا يثبت الاستيلاد في الجميع بجهة السراية ، وينقدح خلافٌ في الولد ؛ من جهة أن حرية الولد سببها انتفاء الرّق ، وكمَّلها قومٌ ، لأن السراية فيها غير مرعية ، فتخلُّف السراية في الأم لا يؤثر في جهة الولد ، ونزّل منزلون حرية الولد في جهتها منزلة عدم نفوذ الاستيلاد .

فلو قال قائل ، إذا حكمتم بأن الاستيلاد لا يثبت في حق الموسر في نصيبه لضعف ملكه ، فما قولكم في الولد ؟

قلنا : هٰذا وجه ضعيف لا ينبغي أن نلتزم الكلام عليه في الفرق والجمع ، ثم ظاهر النقل عن **الأصحاب** أن الولد حر ، وذلك أن الشبهة ملكاً ويساراً [عامة](٢) في الجميع ، فاقتضىٰ ذلك تنزيل الولد في هٰذا المقام منزلته فيما إذا وطىء الرجل جارية الغير ، وظنها جارية نفسه .

وكان **شيخي أبو محمد** يقول : إذا وطىء الرجل جاريةَ الغير ، وظنها زوجته المملوكة ، وهو موطنٌ نفسه علىٰ أن الولد ـ إن اتفق العلوق به ـ فهو رقيق ، فإذا فرض ولدٌ في/ الشبهة التي وصفناها ، فهو رقيق ؛ اعتباراً بصفة ظنه ، والدليل عليه أن حرية الولد ورقه [مداران](٣) في نكاح المغرور [على الظن](٤) ، وإلا ، فلا مقتضىٰ للحرية سوى الظن .

ش ١٨٣

ورأيت لغير **شيخي** ما يدلّ علىٰ أن من وطىء جارية الغير ، وحسبها زوجته

---

(١) في الأصل : « إن » .
(٢) في الأصل : « عاماً » .
(٣) في الأصل : « مدران » .
(٤) زيادة من المحقق .

المملوكة ؛ فالولد حرّ ، كما لو وطىء المغرور زوجته [الحرة علىٰ ظن أنه زانٍ بجاريةٍ رقيقةٍ للغير ، فالولد حر](١) ، وإن كان الواطىء غير بانٍ أمره علىٰ وطء حرّة .

وهو عندي غلط ، والوجه ما ذكره **شيخي** ، وذلك أن حرية الولد إذا كان تأتي من قبل الظن ، وهو ما ظن ظنّاً لو تحقق ، لاقتضىٰ حرية الولد ، فإذا كان الحكم يُتلقىٰ من الظن ، والظن كما وصفناه ، فلا معنىٰ للحكم بحرية الولد . وكون [الوطء](٢) محترماً لا يوجب حرية الولد ، فإن ولد الزوج من زوجته الرقيقة رقيق ، وإن ترتب علىٰ وطءٍ مستحق . وأما مسألة المغرور ، فالظن فيها باطل ، والوطء صادف مغرور زوجته ، فقدّرنا كأن الظن لم يكن ، وقضينا بحرية الولد بحصول العلوق به في نكاح المغرور . فهـٰذا تمام ما أردنا ذكره في أحكام الولد .

١١٤١٢ـ ولو وطىء أجنبي من المغنم جاريةً من المغنم ، نُظر : فإن مُيّز الخمس ولا شبهة للواطىء ، فهو زانٍ لا يخفىٰ حكمه في الحال والمآل .

وإن كان للواطىء أبٌ في المغنم ، فوطؤه زناً أيضاً ، فإنّ وطء الابن جارية أبيه زنا . وإن كان له ابن في المغنم فوطؤه جارية المغنم كوطء [جارية](٣) ابنه الغانم ، فإن جارية الابن مستولدةُ الأب ، كما تصير مستولدةً للابن . ثم تعود التفاصيل .

هـٰذا إذا جرى الوطء بعد إفراز الخمس ، ويتصل بهـٰذا أنا نؤكد ملك الغانمين علىٰ

---

(١) عبارة الأصل : كما لو وطىء المغرور **زوجته التي يحسبها حرة ، فوجدها جارية غيره ، وقد زيفه لإتيانها فإن الولد حر** ، وإن كان الولد . . . إلخ .

والمثبت من عبارة الغزالي في البسيط ، التي لخص فيها كلام الإمام ، فقال : « قال الشيخ أبو محمد : لو وطىء جارية الغير علىٰ ظن أنها زوجته المملوكة ، فالولد رقيق لأن مستند هـٰذا العتق الظن وظنه لو تحقق لم يوجب حرية .

ومن الأصحاب من خالف وقال : الولد حر هاهنا لأصل الشبهة ، إعراضاً عن تفصيل الظن ، كما إذا وطىء زوجته الحرة علىٰ ظن أنه زان بجارية رقيقة للغير ، فالولد حر .

وهـٰذا فاسد ؛ لأن هـٰذا الظن إذا قدر كالمعدوم ، وحصلت حرية الولد بحرية الأم ، وفي الرقيقة لا موجب للحرية إلا الظن ، فليتّبع ظن لو تحقق لاقتضىٰ حرية » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٦٥ شمال) .

(٢) في الأصل : « الموطىء » ، ومعنىٰ كون الوطء محترماً أنه في نكاح صحيح .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

أحد القولين إذا جرىٰ إفراز الخمس ، ولا يخفى التفريع بعد التنبيه .

وإن لم يفرز الخمس ، فلبيت المال في الجارية حق . فإذا وطىء أجنبي جاريةً في المغنم ، وفيها حق الخمس ، وكان/ للأجنبي حقٌّ في بيت المال ، فهـٰذا يخرج على التردد الذي حكيناه في كتاب السرقة ، فإنا نقول : السارق من بيت المال لا يقطع إذا كان له في بيت المال حق ، على المذهب الظاهر ، ولو وطىء مثلُ هـٰذا الشخص جاريةً من بيت المال ، ففي وجوب حدّ الزنا وجهان . وهما يعودان في جارية المغنم ، إذا جرى الوطء فيها قبل إفراز الخمس ، وجميع أطراف المسألة مجراة علىٰ أن الحدّ لا يجب بوطء الجارية المشتركة .

ي ١٨٤

١٤١٣ـ ثم قال الشافعي : « وإن كان في السبي ابن أو أب . . . إلىٰ آخره »[١] .

نص **الشافعي** علىٰ أنه إذا وقع في المغنم من يَعْتِق علىٰ بعض الغانمين إذا ملكه بحكم القرابة ، فلا نحكم بعتقه عليه قبل القسمة .

وقد نص **الشافعي** علىٰ أن الغانم إذا وطىء جارية المغنم ، ثبت الاستيلاد ، فمن **أصحابنا** من نقل جواب مسألة العتق إلى الاستيلاد ، ومسألة الاستيلاد إلى العتق ، وخرّجهما علىٰ قولين ، ويكون مأخذ القولين في التوجيه ضعيف المُدرك كما قدّمناه .

ومن أصحابنا من حاول الفرق بين الاستيلاد ، ونفوذ العتق بحكم القرابة ، وقال : ينفذ الاستيلاد كما قدّمنا ، ولا يَعتِق القريب على الغانم ؛ لأن الاستيلاد ينفذ في محل امتناع العتق ؛ فإن الأب إذا استولد جارية الابن ، ثبت الاستيلاد ، ولو ملك الابن من يعتق على الأب ، لم يَعتِق علىٰ [الابن][٢] وذلك إذا ملك أخاه ، وهو ابن أبيه ، لم يعتق على الابن ، وذلك لأن الاستيلاد في حكم الإتلاف بالفعل ، والفعلُ لا مدفع له ، وحصول العتق في القريب حكم محض .

واختيار المزني أن الجارية لا تصير أم ولد ، واحتج بعدم عتق القريب أخذاً من

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٩٠ .

(٢) في الأصل : « الأب » .

وصورة المسألة ـ علىٰ وضوحها ـ أنه إذا ملك الابن أخاه لأبيه ، فهو ابن أبيه ، فلو ملكه الأب يعتق عليه للبعضيّة ، ولو ملكه الابن لا يعتِق عليه .

النص ، وهو لا يرى النقلَ والتخريجَ ، ويستشهد بالنص على النص .

وذكر **بعض أصحابنا** في عتق القريب مسلكاً آخر ، فقال : القريب لا يعتق على الغانم إن لم يختره ؛ فإن اختاره عَتَق حينئذٍ ، علىٰ تفصيل اليسار والإعسار ، ونزل اختياره فيه منزلة الاستيلاد ، وهـٰذا هو الذي نبهنا عليه في قاعدة/ الملك ، إذا[1] قلنا : الاختيار عند **بعض الأصحاب** يؤكد الملك ويلزمه . أما إذا جرى الاستيلاد ، فلا أثر للاختيار معه ؛ فإنه أبلغ من الاختيار .

١٨٤ ش

١١٤١٤ـ وكنا أخرنا إلىٰ تفصيل ملك الغانمين القولَ في السرقة ، وهـٰذا مما أوضحنا أصوله في كتاب السرقة عند ذكرنا سرقة أحد الشركاء المالَ المشترك ، وإنما أعدنا هـٰذا الفصل لزيادةِ فائدةٍ ، وذلك أنا ذكرنا أن من **أصحابنا** من قال : إذا سرق أحد الشريكين من المال المشترك ما يزيد علىٰ حصته بالجزئية مثل أن يسرق ديناراً وربعاً من دينارين ، له نصفهما ، فالمسروق زائد علىٰ مقدار حقه ، والزيادة بالغةٌ نصاباً ، فمن **أصحابنا** من قال : يجب القطع ، وذكرنا ما عدا هـٰذا من كلام **الأصحاب** .

فإذا فرعنا على الوجه الذي حكيناه الآن ، وسرق الغانم من المغنم ما يزيد علىٰ مقدار حصته ، والتفريع علىٰ أن القطع يتعلق بالزائد على المال المشترك ، ففي المغنم **وجهان علىٰ هـٰذا الوجه** : **أحدهما** ـ القطع في المال المشترك . **والثاني** ـ لا يجب ، لأن حقَّ كلِّ غانم ثابتٌ في جميع المغنم . وكذلك القول ، لو أعرض الكلُّ إلا واحداً ، قلنا : كأنه الغانم بنفسه ، وكأنا نجعل الغانمين كالمزحومين ، بمثابة الشفعاء ، وهـٰذا يوجب الدرء في الحد ، ولا يقع الاكتفاء في إثبات الاستيلاد ؛ فإن إثبات الاستيلاد يقتضي ملكاً محققاً ، ثم إن اقتضت الحال سرياناً ، وقع الحكم به ، والمقدار الذي يدرأ الحد ، لا يُثبت حقوق الأملاك . فهـٰذا ما أردنا أن ننبه عليه .

وقد قال **القاضي** : إذا قلنا : يجب الحد علىٰ أحد الشريكين إذا وطىء الجارية المشتركة ، ـ وهـٰذا قولٌ حكيناه ـ فإذا وطىء الغانم جارية المغنم ، فهل يلزم الحد ؟ فعلىٰ **وجهين** منشؤهما ما ذكرناه من أن لكل غانم حظاً في جميع المغنم ، كما نبهنا

---

(١) إذا : بمعنىٰ إذ .

ي ١٨٥ عليه ، وهـٰذا ضعيف/ ؛ فإن [معتمده][1] القول **القديم** . وهـٰذا متحقق في جارية المغنم تحققه في الجارية المشتركة ، والقول **القديم** في إيجاب الحد يجري علىٰ وطء الرجل أخته المملوكة من الرضاع .

وقد انتجز القول في أملاك الغانمين ، وآثارها جملة وتفصيلاً .

فَصْلٌ

قال : « ومن سُبي منهم من الحرائر . . . إلىٰ آخره »[2] .

١١٤١٥ـ ذكر **الشافعي** سبي الزوجين ، وسبي أحدهما ، وترتب انفساخ النكاح علىٰ ذلك . وقد قدمنا ذكر هـٰذا مستقصىً ، وأجرىٰ **الأصحاب** في أثناء الكلام أحكامَ الديون الثابتة للحربي ، إذا استُرِق ، وأحكام الديون الثابتة عليه ، ونحن نأتي بما يتعلق بهـٰذا علىٰ [أكمل][3] بيان . وهو مما لم يعتن **الأصحاب** بجمع كلامٍ فيه على التواصل .

فنقول : لو كان للمسلم دينٌ علىٰ حربيّ ، فاستُرق مَنْ عليه الدين . قال **الأئمة** : لا يسقط الدّين عن المسترَق ، ورأيتُ أقوال **أصحابنا** متفقةً علىٰ هـٰذا . ومذهب **أبي حنيفة**[4] أن الدّيْن يسقط عن المسترَق ، وأورد **الأصحاب** هـٰذا في مسألة سبي الزوجين ، وشبب **الخلافيون** بموافقة **أبي حنيفة** في سقوط [الدين المحترم][5] من حيث إنه انقلب عما كان عليه ، حتىٰ كأنه عُدم . ثم وجد[6] ، وهـٰذا لا يلحق بالمذهب ، [والمقطوع][7] به أن الدين لا يسقط .

---

(١) في الأصل : « معتمد » .
(٢) ر . المختصر : ٥/ ١٩١ .
(٣) زيادة من المحقق علىٰ ضوء المعهود من كلام الإمام .
(٤) ر . الجامع الصغير : ٣١٦ ، مختصر الطحاوي : ٢٩٠ ، ملتقى الأبحر : ١/ ٦٥٨ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٤٥١ مسألة ١٦٠٣ .
(٥) عبارة الأصل : « في سقوط الدين من المحترم » .
(٦) أي كأن المسترق مات ثم وجد بعد ذلك ثانية .
(٧) في الأصل : « المقطوع » (بدوان الواو) .

ثم ننظر : فإن أُرق الحربي ، ولم يغنم ماله ، فحق المسلم في عين ماله ، والرق بمثابة الحجر ، أو بمثابة الموت في المسلم المديون عليه . حتىٰ لو ظفر به المسلمون وأخذوه ـ يعني المال ـ بعد تعلق الدين به يُقضى الدين من ذلك المال .

ولو غُنم أولاً ، ثم سبي ، أو غنم المال معه ، فحق المسلم الغريم في ذمته ، يتبعه بعد العتق . ولا يُقضىٰ من عين المال ؛ فإن المال إن غُنم قبلُ ، فلا شك أن الدَّيْن لا ينعكس عليه ، وإن غُنم المال معه ، فقد تعلّق ملك الغانمين بعين ماله . وحق صاحب الدين إن كان في الذمة [فالحق][1] المتعلّق بالعين مقدّم على المتعلّق بالذمة ؛ ولذلك قلنا : إذا جنى العبد/ المرهون يقدم حق المجني عليه علىٰ حق المرتهن ؛ فإن موجب الجناية لا يتعلق بذمة المولىٰ ، فكان تعلقه بالعين أقوىٰ من تعلّق الرهن به . وعندنا إذا غُنم ماله ، ورَقّ ، فالملك في الغنيمة سابق علىٰ جريان الرق إن كان المأسور رجلاً ، فإن الرق [يُضرب][2] بعد الأسر ؛ فإن كان كذلك ، فلا إشكال .

١٨٥ ش

وإن فرض الكلام فيه إذا أسر أولاً ، ثم غنم المال مع إرقاق الإمام ، أو وقع الفرضُ في المرأة تسبىٰ مع مالها ، فيحصل الرق والاستيلاء على الغنيمة معاً ، فليس يبعد على القياس تعلّق الدين المحترم بالمال في هـٰذه الصورة ، قياساً علىٰ ديون التركة ، مع حقوق الورثة ؛ فإن حق الورثة يتعلّق بعين التركة ، والدين يتعلّق بالتركة في الوقت الذي يحصل الإرث فيه ، ثم قُدِّم الدين ، فلا يبعد أن يكون الأمر كذلك فيما نحن فيه .

وهـٰذا متجه جداً . وما قدمناه من الاستشهاد بجناية العبد المرهون كلامٌ مُخيلٌ ظاهره ؛ فإنا إنما قدّمنا حق المجني [عليه][3] كما نُقدّم حقَّ المجني عليه علىٰ حق مالك العبد ، إن صدرت الجناية من غير إذن السيد ، ولا يزيد حق المرتهن علىٰ حق

---

(١) في الأصل : « والحق » .

(٢) في الأصل : « تصرف » . وهو تصحيف قريب المأخذ .
والمعنىٰ أن الرق لا يكون في الرجال بمجرد الأسر ، بل يضرب عليهم بعد ذلك .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .
ومعنى العبارة : أننا قدمنا حق المجني عليه علىٰ حق المرتهن ، كما تقدم حق المجني عليه علىٰ حق مالك العبد .

المالك ؛ فإذا كان يطرأ ملكٌ على المالك ، فيطرأ علىٰ حق المرتهن ، ولسنا نُلزَم الآن ذكرَ تعليل تعلق الأرش برقبة العبد ، وقد أجريتُ ـ فيما أظن ـ في ذلك كلاماً كلياً في **(الأساليب)** .

وما يتعلّق بهٰذا الفصل أنه إذا كان للمسلم عليه دين مؤجل ، فاسترق ، ففي حلول الأجل وجهان مرتبان على الوجهين فيه إذا حُجر على الرجل بالفَلَس ، وعليه ديون مؤجلة ، ففي حلول الديون عليه جوابان . والرق أولىٰ بأن يقتضي الحلول ؛ فإنه أشبه بالموت ؛ من جهة أنه يقطع النكاح ، ويزيل الملك ، بخلاف الحجر .

هٰذا كله فيه إذا كان لمسلم علىٰ حربي دين ، فاسترق الحربي .

١١٤١٦ـ فلو كان/ الدين لذمي ، فالجواب كما ذكرناه ؛ [فإن دين الذمي][1] محترم بمثابة أعيان ماله . ي ١٨٦

١١٤١٦/ م ـ ولو كان لحربي عليه دين ، فاستُرِق من عليه الدين ، قال **القاضي** : يسقط الدين عن ذمته[2] . ولتكن هٰذه المسألة على الذكر حتىٰ نعود إليها .

١١٤١٧ـ ومما نذكره في ذلك أن المسلم لو استقرض من حربي شيئاً ، أو اشترىٰ منه شيئاً ، والتزم الثمن ، ثم استُرِق الحربيُّ المستحِق الدين ، فالدين لا يسقط عن ذمة المسلم . ثم سبيله كسبيل أموال الحربي المودعة عندنا علىٰ حكم الأمان . وقد ذكرنا مصارف أمواله ، وهٰذا الدين من أمواله .

ومن أهم ما يجب الاعتناء به أن الحربي إذا استقرض شيئاً من الحربي ، ودخل المستقرض إلينا بأمان أو ذمة أو أسلم ، قال **العراقيون** : نص **الشافعي** علىٰ أنه يلزمه ردّ ما استقرضه من الحربي ، وحكَوْا نصّاً آخر عن **الشافعي** علىٰ خلاف ذلك في مسألةٍ وهي أنه إذا نكح حربي حربية علىٰ مهرٍ ، ودخل بها ، وماتت الزوجة ، وأسلم الزوج ، وهاجر إلينا ، فجاء ورثة الزوجة ، وطلبوا مهرها ، قالوا : قال **الشافعي** : ليس لهم

---

(١) في الأصل : « فإن في دين الذمي » .

(٢) عبارة الأصل : « قال القاضي : يسقط الدين عن ذمته ، **فإن ذلك الدين** ، ولتكن المسألة على الذكر . . . » (ففيها خرمٌ ، أو إقحام) .

عليه طَلِبة . ثم تصرفوا في النصين ، وقالوا : من **أصحابنا** من نقل وخرّج ، وجعل المسألتين جميعاً علىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ أنه لاطلبة على المستقرض ، ولا طلبة على الزوج .

والقول الثاني ـ أنه تثبت الطلبة علىٰ من التحق بنا بأمان أو ذمة أو إسلامه .

وهـٰذا الذي أطلقوه لا يصفو علىٰ ما أحب وأوثر إلا بمزيد شرحٍ وبيان . فنقول :

إذا نكح حربي حربية علىٰ مهر يصح مثله في الإسلام ، ثم أسلم ، فلا خلاف أن الزوجة تطالب زوجها بمهرها المسمىٰ ، وإن التزم المهر حربي لا تجري عليه أحكامنا لحربية لا حرمة لها ، لم يكن التزام الحربي كالتزام المسلم ؛ فإن المسلم من أهل عقد الأمان للحربي ، ويصح تخصيص الأمان بمال ، وعلىٰ هـٰذا تخرّج المعاقدات التي تجري بين المسلم ، وبين الحربي ، وهـٰذا/ متصور فيما يجري بين الحربيين ، ولـٰكن ١٨٦ ش أجمع **الأصحاب** علىٰ أنهما إذا أسلما ، فحكم العقد مستدام [فيهما][1] ، ومن استدامته توجهت الطلبة بموجبه وعهدته . ومسائل نكاح المشركات خارجة علىٰ هـٰذا القانون .

كذلك إذا بايع كافرٌ كافراً ثم أسلما ، والثمن المذكور مما يصح طلبه ، فلا شك أن الطلب يتوجه ، وكذلك إذا أسلم المستحَق عليه ثم أسلم المستحِق ، فالأمر علىٰ ما وصفناه ، وإن ترتب الإسلام .

١١٤١٨ـ فأما إذا التزم حربي لحربي ، ثم أسلم الملتزم ، فتصوير الطلب من الحربي فيه بُعْدٌ ، وقولنا يجب علىٰ هـٰذا الذي أسلم أن يبذل ما التزمه ، مع أن الإسلام يجُبّ ما قبله ، وقد جرى الالتزامُ والملتزمُ حربي ، فيعسر توجيه الطلب ، وهـٰذا منشأ القولين .

ثم إن أوجبنا ، فالتعبير عنه أن ينزل المسلم علىٰ دوام العقد منزلة المسلم حالة ابتداء العقد . فإن قيل : ذلك المسلم من أهل عقد الأمان . قلنا : نعم ، ولـٰكن لو أسلما ، لا خلاف أن العهدة تبقىٰ بينهما للأصل الذي مهدناه قبلُ من قضاء الشرع باستدامة العقد .

---

(١) في الأصل : « فيها » .

ومن قال : لا طلبة على المسلم أو الذي عقدنا له الذمة ، فلا يُسقط الدين ؛ فإن المستحِقَّ لو أسلم طالب ، وإنما هـٰذا تَوَقُّفٌ في الطلب ، فليفهم الناظر ذلك .

ثم قال **العراقيون** : وقال **ابن سريج** في النص [الوارد][1] في النكاح : ذاك فيه إذا أصدقها خمراً ثم ماتت ، وقد أسلم الزوج ، فلا طلبة للورثة ؛ فإنها قبضت في الشرك تمام ما رضيت به .

فإن قيل : إذا ثبت دين لحربي علىٰ حربي ، واستُرِقَّ من عليه الدين ، فقد ذكرتم أن الدين يسقط ، فهلاّ جعلتم الرق أماناً ، ونقلتم الدين إلىٰ ذمة الرقيق ؟ ؟ قلنا : هـٰذا لا ينكر توجه احتمال فيه ، لما نبهنا عليه . والظاهر السقوط ؛ فإن ملتزم الدين انتقل من كونه حربياً لا يجري عليه حكمٌ إلىٰ كونه رقيقاً ليس له علىٰ نفسه حكم . والاحتمال مع هـٰذا قائم ، والله أعلم .

١١٤١٩ـ ولو أتلف حربي علىٰ حربي شيئاً ، ثم أسلم المتلف ، لم يغرم شيئاً ، وليس/ كما لو استقرض منه . ونزيد ، فنقول : لو أسلم المتلف والمتلَف عليه ، فلا طَلِبَةَ بينهما بخلاف الاستقراض ، والمعاملات المقتضية إلزاماً ؛ فإن الإتلاف ليس عقداً نقضي بدوامه ، وإنما هو حالةٌ جرت حيث لا حكم ، ثم جبّ الإسلام ما كان ، وأيضاً ؛ فإن الحربيَّ إذا قهر الحربيَّ علىٰ مَالِه ، مَلَكَه ، والهلاك باب من القهر . فهـٰذا ما يجب القطع به . ي ١٨٧

وفي التعليق عن **القاضي** أن الحربي إذا جنىٰ علىٰ مسلم ، فاسترق ، فأرش الجناية في ذمته ، ولا تتحول إلىٰ رقبته ، ثم قال : وهـٰذا بخلاف المكاتب إذا جنىٰ ، فالأرش في ذمته يؤدّيه من الكسب ، فلو عجز وعاد قنّاً ، [تحول][2] الأرش إلى الرقبة ، وفرّق ، وقال : الرق الذي هو متعلق الأرش كان موجوداً في حال الكتابة المانعة من البيع ، فإذا عجز ، ارتفع المانع ، وتعلّق الأرش بالرقبة بخلاف الحربي ، لأنه لم يكن رق عند الإتلاف ، وإنما حدث الرق من بعدُ ، وهـٰذا الفرق لا بأس به .

---

(١) في الأصل : « الممكن » .
(٢) في الأصل : « وتحول » .

ولـٰكن المسألة في وضعها فاسدة ؛ فإن الحربيَّ إذا جنىٰ علىٰ مسلم ، أو ماله ، فلا ضمان ، ولا تعلّق بموجَب الإتلاف بالذمة ، فإنه فعل ما فعل ، ولا حكم عليه ، وليس عقداً يُستَدام ، والرق وإن أدخله في حكمنا ، فالذي مضىٰ من الإتلاف لا يُعقب تبعةً يُتَّبع بها في أحكام الإسلام ، ونحن وإن قلنا : لا يملك الحربي على المسلم بالاستيلاء ، فإنا نقول : لو أتلف حربي علىٰ مسلم مالاً ، لم يضمنه إذا أسلم ، ولم يطالَب به ، فهـٰذا ما يجب القطع به .

وحكىٰ بعضُ الناس [عن القاضي][1] أن الحربيّ إذا أتلف ، ثم عقدنا له ذمة أو أماناً ، فهو مطالب بضمان ما أتلفه ، ولو أسلم لا يطالب ، وهـٰذا لا يحل إلحاقه بمذهب **الشافعي** . **والقاضي** أجل قدراً في المذهب من أن يفرع علىٰ [مذهبه][2] ذلك ؛ فما أرىٰ ما جرىٰ إلا خللاً من ناقل ، أو هفوة من ذلك الإمام في مسألة جريان الرق بعد الجناية .

فصل

« ولا يفرّق بينها وبين ولدها . . . إلىٰ آخره »[3] .

١١٤٢٠ـ لا يجوز التفرقة بين الأم وولدها الطفل سواء كانا مسلمين أو كافرين ، أو كان أحدهما مسلماً والآخرُ كافراً ، علىٰ تفاصيلَ سيأتي الشرح عليها ، إن شاء الله تعالىٰ . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **« لا تولّه والدة بولدها »**[4] وقال

---

(١) زيادة للفائدة . وهي من عبارة الغزالي : « وحُكي عن القاضي » (ر . البسيط : ٥/ ورقة : ١٦٠ شمال) .

(٢) في الأصل : « مذهب » .

(٣) ر . المختصر : ٥/ ١٩١ .

(٤) حديث « لا تُوَلَّهُ والدة بولدها » رواه البيهقي من حديث أبي بكر ، قال الحافظ : « بسند ضعيف ، ورواه أبو عبيد في غريب الحديث من مرسل الزهري ، وراويه عنه ضعيف ، والطبراني في الكبير من حديث قتادة ، وقال ابن الصلاح : روي عن أبي سعيد وهو غير معروف وفي ثبوته نظر » . والحديث ضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير ، وفي سلسلة الضعيفة وعزاه للديلمي (٤/ ١١) من حديث أنس مرفوعاً . (ر . البيهقي : ٨/ ٥ ، غريب الحديث =

صلى الله عليه وسلم : « **من فرّق بين والدة وولدها ، فرّق الله تعالىٰ بينه وبين أحبته يوم القيامة** »[١] .

واتفق علماؤنا علىٰ أن التفريق محرّم ، وليس النهي الذي أطلقناه نهيَ كراهية ، فإن فرّق المالك بينهما في البيع ، فباع الأم دون الولد ، أو الولد دون الأم ، ففي انعقاد البيع قولان : قال في **القديم** : ينعقد ، وهو مذهب **أبي حنيفة**[٢] ، وقال في **الجديد** : لا ينعقد ؛ لأن النهي متعلق بالمنهي عنه قصداً ، وهو محمول على الفساد ، وقد روي : « **أن جارية بيعت دون ولدها ، فردّ رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع** »[٣] .

ولو كان للولد أم وجدة ، فبيع مع الأم كفىٰ ، ولو بيع مع الجدة دون الأم ، فعلىٰ قولين . ولو لم يكن له أم ، وكانت له جدّة . قال **الأصحاب** : الجدة كالأم ، وقطعوا بهـٰذا ، ولفظهم : الجدة كالأم عند عدم الأم ، وأرادوا بذلك أن الأم إن كانت رقيقة فالاعتبار بها ، ولا حكم للجدة معها .

فأما التفرقة بين الوالد والولد ، فهل تحرم ؟ علىٰ **قولين** : **أظهرهما** ـ أنها لا تحرم ؛ فإن الأخبار في الوالدة ، وهي أيضاً تختص بنهاية التحنن والشفقة ، وضعف

= لأبي عبيد : ٢/ ٤٠٥ ، التلخيص : ٣/ ٣٦ ح ١١٧٠ ، مشكل الوسيط لابن الصلاح ـ بهامش الوسيط : ٧/ ٣٠ ، ضعيف الجامع الصغير : ٦٢٨٠ ، سلسلة الضعيفة : ٤٧٩٧ ، المجلد العاشر ، القسم الأول ، ص٣٣٨) .

(١) حديث « من فرّق بين والدة وولدها . . . » رواه أحمد (٥/ ٤١٣ ، ٤١٤) ، والترمذي وقال : حسن غريب : البيوع : باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين ، أو بين الوالدة وولدها في البيع ، ح١٢٨٣ ، والطبراني في الكبير : ٤/ ٢١٧ ، والدارقطني : ٣/ ٦٧ ، والحاكم وصححه علىٰ شرط مسلم (٢/ ٥٥) كلهم من حديث أبي أيوب . قال الحافظ : وفي إسنادهم حي بن عبد الله المعافري : مختلف فيه ، والحديث رواه الدارمي من طريق آخر (٢٤٧٩) ، والبيهقي أيضاً في الكبرىٰ (٩/ ١٢٦) من طريق آخر غير متصل ، كما ذكر الحافظ (التلخيص : ٣/ ٣٦ ح ١١٧١) .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٨٥ ، ٢٨٦ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ١٦٢ مسألة : ١٢٤٢ ، اللباب ٢/ ٣٠ .

(٣) حديث أن « جارية بيعت دون ولدها . . . » ، رواه أبو داود : الجهاد ، باب في التفريق بين السّبي ، ح٢٦٩٦ ، والحاكم (٢/ ١٥٥) وصححه ووافقه الذهبي ، والدارقطني (٣/ ٦٦) والبيهقي في الكبرىٰ (٩/ ١٢٦) ، والمعرفة (٧/ ٧٩) .

المُنّة في التصبر . فإن قلنا : يجوز التفريق بين الولد والوالد ، فلا كلام . وإن قلنا : لا يجوز ، ففي غير الوالد من المحارم من القرابات **قولان علىٰ هـٰذا القول** : **أحدهما** ـ لا يجوز التفريق بين كل شخصين بينهما قرابة ومحرمية . **والقول الثاني** ـ يجوز . ويختص ما قدّمناه بالأم ، أو من هو علىٰ عمود النسب . فإن قلنا : يجوز التفريق ، فيصح البيْع لا محالة . وإن قلنا : لا يجوز التفريق ، ففي صحة البيع علىٰ حكم التفريق قولان .

ثم إذا كان للولد أبوان ، فلا أثر للتفريق بين الولد والوالد ، إذا كنا نرعى الجمع بين الولد والأم/ كما ذكرناه في الأم والجدة . ١٨٨ ي

ثم ما ذكرناه من المنع من التفريق إلىٰ متى ؟ المذهب أنه إلى استقلال الصبي ببلوغ سن التمييز ، وهو السبع والثمان . وذكر **أئمتنا** قولاً آخر أن التحريم وحكمه يمتدّ إلى البلوغ .

١١٤٢١ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا لم يكن في التفريق ضرورة . فإن وقعت ضرورة ، فالبيع جائز ، وبيانه أن الأم إذا كانت حرة ، فَبَيْعُ الولد جائز ؛ فإن حسم البيع لا سبيل إليه ، وكذلك لو كان الولد لزيدٍ والأم لعمرو ، فيجوز لكل واحد منهما أن ينفرد ببيع ما يملك ؛ فإن هـٰذا التفريق واقع ، ومن يبيع يُقيم غيره مقام نفسه ، وليس بمحدث تفرقاً لم يكن .

ولو رهن جارية ، ولها ولدٌ دون ولدها ، جاز ؛ إذ كان الرهن لا يوجب تفرقة ؛ إذ الملك بعدُ واقع ولا حيلولة .

وإذا جاز[1] البيع ، فقد قال **الشافعي** : تباع الجارية والولد ، ويوزع الثمن عليهما . وقد ذكرنا هـٰذا على الاستقصاء في كتاب الرهن ، وما ذكرناه من [منع التفرقة في البيع يجري][2] في منع التفرقة في الوصية والهبة ، وكل جهة مملِّكة .

ومن باع جارية ، فسلّمها قبل قبض الثمن ، فولدت للمشتري ولداً رقيقاً ، وفلس

---

(١) كذا . والمراد إذا حُقَّ بيعُ الجارية المرهونة .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

المشتري ، وعجز عن توفية الثمن ، فكيف يرجع البائع إلىٰ عين الجارية ، ولو رجع فيها ، لكان ذلك تفريقاً بين الأم والولد ؟ قال **العراقيون** : **في ذلك وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يقال للبائع : خذ الجارية وولدها بثمن المثل ، وإن أبيت أخذ الولد ، فليس لك إلا مضاربة الغرماء بثمن الجارية ، ولا شك أن هـٰذا مفرع علىٰ منع صحة البيع علىٰ حكم التفريق .

والوجه الثاني ـ أنه يرجع إلىٰ عين الجارية ، والضرورة تلجىء إلىٰ ذلك ، وقد قدّمنا أن التفرقة بسبب الضرورة جائزة .

١١٤٢٢ـ ثم قالوا على الاتصال بهـٰذا : من اشترىٰ جارية ، وقبضها ، فولدت له ولداً رقيقاً ، ثم وجد بها عيباً قديماً ، فلا سبيل إلىٰ ردّها إذا منعنا التفريق ؛ إذ لا سبيل إلىٰ إلزام البائع بملك الولد حتىٰ ينتظم الرد عليه .

ش ١٨٨ ومن الممكن/ أن نقول : الراجع في عين ماله بعد الفلس يرجع في الجارية وحدها . هـٰكذا ذكروه ، وليس يبعد عندنا أن نسلّطه علىٰ ردّ الجارية وحدها لأجل الضرورة الداعية ، وهـٰذا إذا لم تعبها الولادة ، ولا تُلحق بها نقصاً ، فإن نقصت ، وقعنا في تفصيل العيب الحادث مع الاطلاع على العيب القديم .

ثم ذكر **الشافعي** مسائل في حصول الإسلام بالتبعية ، وقد ذكرنا [وجوه][1] التبعية في كتاب اللقيط علىٰ أبلغ وجه في البيان ، فلا نعيد منها شيئاً .

* * *

---

(١) في الأصل : « وجوب » .

باب
المبارزة

١١٤٢٣ـ المبارزة في الجملة جائزة ، وعن **الحسن البصري**(١) تحريم المبارزة .

والأولىٰ ألا يبرز الغازي دون إذن صاحب الراية ، وإن أراد المبارزة دون إذنه ، ففي جواز ذلك **وجهان** : **أحدهما** ـ يجوز ، وقياسه ظاهر ؛ فإنه فن من القتال ، ولا سبيل إلىٰ مراجعة صاحب الراية في تفاصيل القتال ؛ فإن مراعاةَ هـٰذا عسرٌ ، سيّما إذا عظم الجند ، واشتد القتال . **والوجه الثاني** ـ أنه لا يجوز ؛ فإن له في تعيين المبارزين رأي واجتهاد فيهم . فلا بدّ من مراجعته . وبالجملة من لا يعلم في نفسه بلاءً وشجاعة ، فلا يجوز له أن يبارز بطلاً من الكفار ، لأنه ربما يصاب ، فتنكسر قلوب المسلمين ، وتتجرأ به الكفار .

ثم يتعلق بالمبارزة فصول من الأمان ، فإذا برز مسلم ، وتنصَّل(٢) من الصف كافر ، فلا أمان للكافر ، ويجوز لجمع من المسلمين أن يغتالوه . وإن شرط أن ينفردا ولا يُعينَ المسلمون صاحبَهم ، ولا الكفارُ صاحبَهم ، فيجب الوفاء بموجب الأمان ، ثم نَنظر إلىٰ صيغته ، فإن وقع العهد إلىٰ أن يثخن أحد القِرنين صاحبَه ، فإذا قتل الكافرُ المسلمَ ، جاز قتلُ الكافر قبل الرجوع إلى الصف ، وإن كان العهد ممدوداً إلى الرجوع إلى الصف ، فلا نَتعرّض له .

وإن أثخن المسلمَ ، ولم يبق فيه قتال ، فأراد التذفيفَ عليه/ ، ابتدرناه ، ومنعناه ، وإن كان العهد ممدوداً إلىٰ تمام القتال ، فإن القتال قد انتجز [بالإثخان](٣) ، فإن كان العهد ممدوداً إلى القتل ، فالعهد ـ علىٰ هـٰذا الوجه ـ باطل ؛ فإنا إن رأينا في

١٨٩ ي

---

(١) الحسن البصري : الحسن بن يسار ، من وجوه التابعين في العلم والعمل ، وحيثما قيل : (الحسن) فقط فإياه يعنون .

(٢) تنصل من الشيء : خرج منه .

(٣) غير مقروءة في الأصل .

المبارزة وجهاً من المقاتلة ، فلا تتم المبارزةُ إلا بأن يأمن كلُّ قِرنٍ في وقت المحاربة أن يُغتال من غير جهة قِرنه ، فلئن اتجه هـٰذا ، فلا معنىٰ لتسليط كافر علىٰ مسلم لا قتال فيه .

وإن كان العهد ممدوداً إلى القتال ، فإذا ولى المسلم دُبره ، فليس للكافر أن يتبعه ، وقد ترك القتال ، فإن تبعه ، دفعناه وقتلناه ، فإن ولّى الكافر دبره ، فيجوز للمسلمين أن يقتلوه ، لأن الأمان له ما داما يتقاتلان ، وقد انتهى القتال بينهما .

وإن شرط البارز منهم ألا يتعرض له حتىٰ يرجع إلى الصف ، وجب الوفاء بالأمان . ولو أعان الكافرَ جماعةٌ من المشركين ، فإن كان باستنجاد من برز منهم ، قتلناه ، ومن يعينه ، فإن أعانوه من غير استنجاده ، دفعنا من يعينه ، ولم نقتل المبارز ، وتركناه إلىٰ قِرنه .

ولا فقه في هـٰذه المسائل ، والجامع لجميعها أن المرعي نصُّ الأمان وصيغتُه ، فنفي به إذا وافق ما يجوز الأمان فيه .

وحظّ الفقه من جميع ما ذكرناه شيئان : **ذكرنا أحدهما** ـ وهو أن الأمان المسلّط على القتل بعد الإثخان باطل . **والثاني** ـ أنا إذا جوّزنا للواحد من الصف أن يبرز دون [إذن][1] صاحب الراية ، فلو أمّن المسلمُ البارزُ الكافرَ الذي خرج إليه علىٰ ألا يُتعرض له حتىٰ يرجع إلى الصف ، فيجب الوفاء بهـٰذا الأمان ، وإن لم يجر الأمان إلا منه . وإذا قلنا : لا ينفرد بالبراز ، فلسنا نعني به إذا كالح[2] كافراً لا يجوز ، وإنما نعني به أن أمانه لا ينفذ ، فلا تنتظم المبارزة والحالة هـٰذه ؛ فإن المسلمين يقصدون ذلك الكافر ، ويقتلونه .

فهـٰذا معنىٰ تردد **الأصحاب** في الانفراد بالمبارزة دون الرجوع إلىٰ صاحب الراية ، فإن قيل : ألستم تنفذون أمان الواحد للواحد ؟ قلنا : هـٰذا إذا لم يكن المؤمَّن مقاتلاً ، ووقوف الكافر في الصف قتال .

* * *

(١) زيادة من المحقق .

(٢) كالحه : واجهه بالخصومة . (المعجم) .

باب
فتح السواد

قال الشافعي : « ولا أعرف ما أقول في فتح السواد إلا بظنٍّ مقرونٍ إلى/ علم. . . إلىٰ آخره »[١] .

١٨٩ ش

١١٤٢٤ـ وإنما قال **الشافعي** ما قال لاختلاف الروايات ، في السواد ، وكان أعرفَ خلق الله بهٰذا القسم ، ولٰكن تحرّج حتىٰ لا يُنسب إليه غريبُ الروايات كلها ، واختار من جملتها : أن **سواد العراق** فُتح عَنوةً ، وقد روي أنه فتح صلحاً ، وروي أن بعضها فتح صلحاً ، والبعض عَنوة ، والأصح أن أرض العراق فتحت عَنوة بجملتها ، وأريق علىٰ جوانبها دمُ آخر الأكاسرة **يزدجرد** وأعوانه ، ولم يثبت صلحٌ في قطر من أقطار العراق ، ثم استقسم الغانمون الأراضي ، فقسمها عمر ـ رضي الله عنه ـ بينهم بعد أن قال : « **أخشىٰ أن يتعلقوا بأذناب البقر ، ويتقاعدوا عن الجهاد** »[٢] فخاف أن يتعطل أمر الجهاد ، فاستطاب أنفسهم عنها ، فمنهم من طاب نفساً بردّ نصيبه ، ومنهم من أبىٰ ، فعوّضه ، واستخلص الكلَّ للمسلمين .

وفي رواية جرير بن عبد الله البجلي ، وهي أصح الروايات في سواد العراق ، قال : « **كانت بَجِيلةُ**[٣] **رُبعَ الناس ، فأصابهم ربعُ السواد فاستغلوه ثلاث سنين أو أربعَ سنين ، فقال عمر : لولا أني قاسم مسؤول ، لتركتكم وما قسم لكم. . . الحديث** »[٤] . وروي أن أم كُرز قالت : « **إن أبي شهد القادسية وثبت سهمه ، وإني لا أرضىٰ حتىٰ يملأ كفي**

---

(١) ر . المختصر : ٥/ ١٩٢ .

(٢) أثر عمر في فتح السواد « أخشىٰ أن يتعلقوا بأذناب البقر. . . » لم نصل إليه .

(٣) بجيلة : وِزان سفينة .

(٤) أثر جرير بن عبد الله البجلي في فتح السواد رواه الشافعي في الأم ٤/ ٢٧٩ ، والبيهقي في الكبرىٰ : ٩/ ١٣٥ وفي المعرفة : ٧/ ٨٧ . (ر . التلخيص : ٤/ ٢١٢ ، ح ٢٢٧٤) .

دنانيرَ وفمي لآلىء ، ويُركبَني ناقة ذلولاً عليها قطيفةٌ حمراء ، فأعطاها عمر ما سألت »[١] ، فثبت أن الفتح كان عَنوة .

ثم لما استخلص عمر أراضي العراق للمسلمين ، ردّها علىٰ سكان العراق ، ووقفها على المصالح ، وضرب على الذين يستغلونها أموالاً رآها **الشافعي** أجرةَ الأراضي ، والإجارةُ مؤبدة ، وكانت [تتكرر][٢] بتكرر السنين . ثم أسلموا عليها ، فلم تسقط عنهم الأموال الموظفة عليهم ، فإنها كانت أجرة ، ولم تكن جزية .

والمأخوذ منهم يُسلك به مسلك مال المصالح ؛ لأنه مستفادٌ من موقوفٍ علىٰ عامة المسلمين ، ومثل هـٰذه الجهالة محتملة لمسيس الحاجة في المعاملات العامة المتعلقة بالمصالح الكلية . قال الشافعي : **من انتهت إليه قطعة من تلك الأراضي من آبائه وأجداد ، فليس/ للغير أن يقول : أنا أستغلها ، وأعطي الخراج ؛ فإنهم استحقوا منافعها بإجارة لازمة ، عقدها أمير المؤمنين ، والإجارة لا تنفسخ بموت المستأجر ، ولو أراد واحد منهم بيع رقبة الأرض ، لم يصح ؛ فإن رقاب تلك الأراضي محبسة ،** ولو أراد واحد منهم أن يكري تلك الأرض مدة معلومة بأجرة معلومة ، صح . وإن أراد أن يكريها إكراء مؤبداً بمالٍ يَتفق عليه التراضي ، ففي ذلك تردد من **الأصحاب** ، والأصح المنع ؛ فإنا حملنا تجويز التأبيد في إجارة عمر رضي الله عنه علىٰ تعلق تلك المعاملة بالمصلحة العامة ، وإذا أراد الواحد أن يكري ، فتصرفه مردود إلىٰ قياس التصرفات الجزئية . ومن يجوّز الإجارة المؤبدة ، لا يجوّزها إلا في [تلك الأراضي][٣] ، ويحتج بأنهم استحقوا منافعها علىٰ جهةٍ ، فلا يبعد أن يملكوا إخراج أنفسهم من البَيْن ، وإحلال غيرهم محالّ أنفسهم ، فيقع جواز هـٰذا تبعاً لما أجراه [لهم][٤] عمر .

ي ١٩٠

وقال **ابن سريج** : باع عمر بن الخطاب تلك الأراضي من سكان **العراق** ، وجعل الثمن مؤجلاً عليهم . وهـٰذا غير صحيح ، وهو يخالف النص ، فإن نص **الشافعي**

---

(١) أثر أم كرز في فتح سواد العراق رواه البيهقي في الكبرىٰ : ٩/ ١٣٥ ، وفي المعرفة : ٧/ ٩٠ .
(٢) مكان بياض بالأصل قدر كلمة .
(٣) في الأصل : « ملك الأراضي » .
(٤) مكان بياض بالأصل .

موجود في كتاب الرهون ، علىٰ أن رهن **السواد** مفسوخ . أراد بالمفسوخ الفاسد ، ولو كانت رقاب الأراضي مبيعة ، لجاز بيعها ، ولو جاز بيعها ، لجاز رهنها . ثم ما ذكره غير صحيح ، وذلك أن الأجرة إذا كانت تتجدد بانقضاء السنين ، فهـٰذا محمول علىٰ مقابلة كل سنة بأجرتها ، والمنافع متجددة ، ومثل هـٰذا لا يتصوّر في البيع ، فإن الموظف علىٰ أهل العراق لو كان ثمناً ، فالثمن لسنا نرىٰ له ضبطاً ، ولا غاية ، ولا مقابلة بما يتجدّد حالاً علىٰ حال .

وقال **أبو حنيفة**[1] : السواد فتح صلحاً ، وردّها عمر عليهم بخراجٍ يؤدونه كلَّ سنة ، وزعم أن الخراج لا يسقط بإسلامهم . وهـٰذا مطرد علىٰ مذهبه ؛ فإنه يقول : إذا ضرب الإمام الخراج علىٰ أراضي الكفار ، وكان يأخذه منهم جزيةً ، فإذا أسلموا علىٰ أراضيهم ، لم يسقط عنهم الخراج الموظف ، وعندنا أن الخراج المضروب على الكفار سبيله سبيل الجزية ، فإذا أسلموا علىٰ أراضيهم ، سقط الخراج عنهم كما تسقط/ الجزىٰ عن رؤوسهم . ١٩٠ ش

ومما يتصل بهـٰذا الباب أنه لو وقع مثل هـٰذه الواقعة ، وعلم الإمام أنه لو ترك الأراضي في أيدي الغانمين ، لتعطل الجهاد ، ثم زاد[2] أصحابُ الأراضي بسطتَهم ، فأَبَوْا ، وعلم أنه لا خلاص إلا باقتهارهم ، وأَخْذِ الأراضي منهم قسراً ، فليس للإمام أن يفعل هـٰذا ، بل يقتهرهم على الخروج إلى الجهاد علىٰ حسب دعاء الحاجة إليهم .

وقد نقل **المعتمدون** : أن أمير المؤمنين استطاب قلوب المسلمين ، وطلب المسلمون مرضاتَه ، لما عرفوا نظره للدين وأهلِه ، وروي : « **أن بلالاً أبىٰ عليه ، فراجعه ، فأغلظ بلال القولَ علىٰ عمر ، فاحتمل عمر ، ثم قال : اللهم خلصني من بلال وذويه ، فما مرت سنة حتىٰ لم يبق من آل بلال نافخ ضَرْمة**[3] »[4] .

* * *

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٤٩٤ ، ٤٩٥ مسألة : ١٦٤٤ ، ١٦٤٥ .

(٢) في الأصل : « ثم زادوا » علىٰ لغة : أكلوني البراغيث .

(٣) ضرمة : أي جمرة وهي النار . (المعجم) .

(٤) أثر عمر « اللهم خلصني من بلال. . . » رواه البيهقي عن جرير بن حازم عن نافع مولى ابن عمر : ١٣٨/٩ ، وقال : والحديث مرسل . ورواه أيضاً في معرفة السنن : ٧/ ٩١ .

باب
الأسير يؤخذ عليه العهد ألا يهرب أو على الفداء

١١٤٢٥ـ مضمون الباب الكلام علىٰ أحوال الأسرىٰ إذا أطلقهم الآسرون ، وأثبتوا عليهم عهوداً ، ونحن نفصل الغرض فيما يجوز ، وما لا يجوز .

فنقول : إذا خلَّوْا الأسير وشرطوا أن يتردّد فيما بينهم ، ولا يخرج إلىٰ دار الإسلام ، فمهما[١] تمكن ، فلا يسعه المقام ، إذا كان يخاف أن يُفْتَنَ عن دينه ، وإن كان لا يخاف ذلك ، وكان متمكناً من إقامة شعائر الشريعة غيرَ مدفوع عنها ، فالأصح أنه لا يحرم عليه المقام .

ومن **أصحابنا** من حرم المقام ؛ فإن المسلم بين أظهر الكفار مقتهَرٌ مهانٌ ، فإن انكفوا عنه ، فلا تعويل عليه ؛ فإنهم قد يؤذونه ، أو يقهرونه ، أو يفتنونه عن دينه . وحق المسلم أن يكون مستظهراً بأهل دينه ، قال علي رضي الله عنه : « **أنا بريء من كل مسلم بين المشركين** »[٢] ، حتىٰ قال **الأصحاب** ، لو كانوا حلّفوه ، فلا يسعه المُقام ، فإن أكرهوه على اليمين ، فلا حِنث عليه ، وإن لم يتحقق الإكراه على اليمين ، ولـٰكنه

---

(١) فمهما : أي : فإذا .

(٢) أثر علي : « أنا بريء من كل مسلم بين المشركين » لم نصل إليه من كلام علي رضي الله عنه ، وإنما هو حديث مرفوع ، ومن عجبٍ أن علياً ليس من رواته .

والحديث المرفوع رواه أبو داود ، والترمذي ، والطبراني من حديث جرير بن عبد الله ، وصححه الألباني في الإرواء ، ورواه النسائي مرسلاً عن قيس بن أبي حازم ، قال الحافظ في التلخيص : وصحح البخاري ، وأبو حاتم ، وأبو داود ، والترمذي ، والدارقطني إرساله إلىٰ قيس بن أبي حازم (ر . أبو داود : الجهاد ، باب النهي عن قتل من اعتصم بالسجود ، ح ٢٦٤٥ ، الترمذي : السير ، باب ما جاء في كراهية المقام بين أظهر المشركين ، ح ١٦٠٤ ، الطبراني في الكبير ، ح ٢٢٦٤ ، ٢٢٦٥ ، النسائي : القسامة ، باب القود بغير حديدة ، ح ٤٧٨٤ ، التلخيص : ٤/ ٢١٨ ح ٢٢٨٥ ، إرواء الغليل : ٥/ ٣٠ ح ١٢٠٧) .

يرىٰ أن يحلف لتسكين قلوبهم ، ولنفي التهم ، فعليه الخروج ، إذا تمكن ، ثم يلزمه الكفارة .

ولو حلف بالطلاق أو العتاق طائعاً ـ غير مكره ـ فلا شك أنه لو خرج ، وقع الطلاق والعتاق ، ولا ينتصب توقع وقوعهما/ عذراً في جواز الإقامة ، بل يتعين الخروج على الرأي الظاهر الذي هو المذهب . ١٩١ ي

ثم إن أمّنوه ، فليس له إذا استمكن من الخروج أن يغتالَهم في دمائهم وأموالهم ، وذراريهم ، ونسائهم ؛ فإن الأمان إذا ثبت علىٰ شرط ، اقتضى الأمانَ من الجانبين ، ولو أطلقوه ، وخلَّوْا سبيله ، ولم يتعرّضوا للأمان ، فله أن يغتالهم ، لأنه لم يجر أمان يتضمن الأمن ، فإذا جرىٰ أمان ، منعناه من اغتيالهم ، وأوجبنا عليه أن يهرب إذا استمكن ، ولو هرب ، فتبعه أقوام ليردوه ، فله أن يقاتلَهم ، ويغتالَهم ، ولا يتعرّض لغير الذين اتبعوه .

ولو خلَّوه علىٰ أن يخرج إلىٰ دار الإسلام ، ويزور أقاربه ، ثم يرجع إليهم ، فلا يحلّ له الرجوع إليهم ، ولو همّ به ، منعه الإمام .

وقال **الزهري والأوزاعي** : يلزمه الوفاء بالعود إليهم حتىٰ لا يصير امتناعه سبباً لامتناعهم عن إطلاق الأسرىٰ .

١١٤٢٦ـ ولو باعوا منه فرساً أو غيره من الأمتعة بأكثرَ من ثمن المثل أو بثمن المثل ، فإن كان مكرهاً عليه ، فالبيع باطل . غير أنه يلزمه أن يردّ إليهم ما أخذه بعد الخروج إلىٰ دار الإسلام ؛ لأن تلك العين حصلت في يده علىٰ حكم المعاوضة ؛ فإذا لم يلزمه الثمن ، ألزمناه ردَّ العين .

وقال **الشافعي في القديم** : هو بالخيار بين أن يردّ عين مالهم ، وبين أن يبعث إليهم بثمنها . وهـٰذا شَرْعٌ[١] إلىٰ [وقف][٢] العقود . وقد قررناه في كتاب البيع ، وإذا جوزنا وقف العقد ، فالمكره على البيع يملك الإجازة لو أرادها .

---

(١) شَرْعٌ : أي طريق إلىٰ وقف العقود .

(٢) في الأصل : « وقت » . والمثبت تصرّف من المحقق .

ولو جرى البيع على اختيار ، واشترىٰ ما اشترىٰ طائعاً بثمن يصح مثله في الإسلام ، فيلزمه الوفاء بالعهد ، وبعث الثمن . وفي تعليقنا عن **الإمام**(١) أنهم إذا خلّوا **الأسير** علىٰ شرط أن يبعث إليهم مالاً ، وفادَوْه به أنه لا يلزمه أن يفي بما وعد من المال ، ولا يجوز أن يعود . قال : وحكىٰ **الشافعي** عن بعض السلف : أنه يجب عليه أحد الأمرين : إما العود إلى الأسر ، وإما بذلُ المال ، وقيل هـٰذا قول **الشافعي** في **القديم** . وهـٰذا بعيد لا أصل له ، ولم أره في غير تعليقنا ، ولست أعدّه من المذهب .

فَرْعٌ : ١١٤٢٧ـ قال **العراقيون** : لو كان في المغنم كلاب ، فإن لم يكن منتفَعاً بها ، خُلّيت ، ويُقتل العقور منها/ فأما إذا كانت منتفعاً بها بحيث يجوز اقتناؤها للانتفاع بها . قالوا : لو أراد الإمام أن يسلّمها إلىٰ واحدٍ من الغانمين لعلمه باحتياجه إليها ، فعل ذلك ، غيرَ محسوب عليه . ش ١٩١

وهـٰذا فيه احتمال ؛ فإن الكلاب في الجملة منتفع بها ، فلا يبعد أن نقول : يثبت لجميعهم حق اليد فيها . ومن مات وخلف كلاباً على الصفة التي ذكرناها ، فلا يستبدّ بها بعض الورثة ، وليس للقاضي تخصيص بعضهم ؛ فليكن الأمر كذلك في كلاب المغنم .

فَرْعٌ : ١١٤٢٨ـ إذا أراد الغزاة حمل رؤوس الكفار إلىٰ بلاد الإسلام ، فالمسألة ليست منصوصة **للشافعي** ، والذي يقتضيه قياسه كراهيةُ ذلك ، فإنه لم يعهد في زمن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وليس فيها فائدة . وقد تعلق **الأصحاب** بما روي أن جماعة نقلوا رؤوس الكفار إلى المدينة في زمن **أبي بكر** ، فقال : لا تنقلوا هـٰذه الجيف إلىٰ حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم(٢) .

---

(١) الإمام : المراد والده .

(٢) أثر أن جماعة نقلوا رؤوس الكفار إلى المدينة في زمن أبي بكر فأنكره عليهم ، رواه البيهقي (٩/ ١٣٢) قال الحافظ : إسناده صحيح . ورواه النسائي في الكبرىٰ : ح ٨٦٧٣ . وفي الخبر أن أبا بكر رضي الله عنه أنكر ذلك فقال له عقبة بن عامر (راوي الحديث) : « يا خليفة رسول الله ، فإنهم يصنعون ذلك بنا . فقال أبو بكر : أفاستناناً بفارس والروم! لا يُحمل إليّ برأس ، إنما يكفي الكتاب والخبر » (التلخيص : ٤/ ٢٠١) .

قال **شيخي** : هـٰذا يمكن أن يحمل علىٰ تنزيه الحرمين عن نقل جيف الكفار ، حتىٰ إذا كان نقل الرؤوس ناجعاً في الكفار ، فهو ضربٌ من التنكيل ، لو رآه الإمام ، لم يكن في تجويزه مع نفي الكراهية بأسٌ .

فَرْعٌ : **١١٤٢٩ـ** إذا حاصر صاحب الراية قلعة ، فرضُوا بأن ينزلهم علىٰ حكم رجل عيّنوه ، فيجوز للإمام أن ينزلهم علىٰ حكمه إذا كان أميناً عدلاً .

قال **العراقيون** : ينبغي أن يكون مجتهداً ، وما أظنهم شرطوا أوصاف الاجتهاد المعتبرة في المفتي ، فإن عَنَوْا بالاجتهاد التهدِّي إلىٰ طلب الصلاح والنظر للمسلمين ، فهـٰذا لا بد منه ، وإن أرادوا استجماع شرائط الفتوىٰ ، فهو غلط غير معتدٍّ به ، والأصل في ذلك ما جرىٰ لرسول الله صلى الله عليه وسلم من تنزيل بني قريظة علىٰ حكم سعد بن معاذ في قصة مشهورة[(١)] .

ثم إذا حكم المحكّم بالقتل وسبي الذرّية ، فللإمام أن يمن عليهم ، ويفاديهم ، ولا يتعين على الإمام قتلُهم ، نعم لو حكم المحكَّم بالمن ، فلا يقتلهم الإمام ، وإذا حكم بالقتل ، فله المن . وتعليل ذلك بيّن ، ولو حكم عليهم بالجزية/ ، فإن قبلوها ، اتبعها الإمام ، وفاء بالرضا بحكمه ، ولو رأىٰ أن يمن ، فلا حرج عليه ، وبالجملة : إن الإمام لا يزيد علىٰ حكم المحكَّم ومقتضاه ، وإن أراد التجاوز والتساهل ، ورأىٰ ذلك وجه الصلاح ، فلا يُعتَرضُ عليه . ١٩٢ ي

ولو حكم المحكّم بالجزية ، فهل يلزمهم الرضا بحكمه ، والتزام الجزية ؟ ذكر **ابن سريج** وجهين فيما حكاه **العراقيون** : **أحدهما** ـ يلزمهم وفاءً بتحكيمه والنزول علىٰ رأيه .

والثاني ـ لا يلزمهم .

فإن ألزمناهم ، فليس معناه أنا نوجب عليهم أن يلتزموا ، ولـٰكنا نقضي بأن الجزية

---

(١) حديث تنزيل بني قريظة علىٰ حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه متفق عليه من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه (البخاري : المغازي ، باب مرجع النبي من الأحزاب ، ومخرجه إلىٰ بني قريظة ح٤١٢١ . مسلم : الجهاد ، باب جواز قتال من نقض العهد ، ح١٧٦٨) .

تلزمهم ، فإن أَبَوْا ، كانوا بمثابة أهل الذمّة إذا التزموا الجزية ، ثم امتنعوا عن أدائها . وسيأتي حكم هـٰؤلاء في كتاب الجزية ، إن شاء الله تعالىٰ .

وإذا قلنا : لا تلزمهم الجزية ، فلا يجوز التعرّض لهم ، ولـٰكنهم يُبَلَّغون المأمن ، فإنهم نزلوا متمسكين بأمانٍ على الجملة ، وهـٰذا الوجه يفارق الوجه الآخر ؛ من حيث أنا لا نغتالهم على الوجه الأخير وجهاً واحداً ، وإذا ألزمناهم الجزية ، وامتنعوا ، فقد نغتالهم في وجه .

ولو حكم المحكَّم بالقتل ، فأراد الإمام أن يسترق ، فقد اختلف **أصحابنا** ، فمنهم من قال : له ذلك ، لأن الاسترقاق دون القتل ، والإمام لا يزيد علىٰ حكم المحكم ، وله أن ينقص ، والاسترقاق دون القتل .

ومن أصحابنا من قال : ليس له أن يسبي ، وهو اختيار **الصيدلاني** ؛ فإن الاسترقاق نوع من العذاب ، وقد يؤثر الإنسان الموت عليه ، وليس كالمنّ ، فإنه تركٌ للعقاب من غير بدل ، فلو حكم بالقتل ، ثم أسلم المحكوم عليه ، امتنع القتل ، فمن جوز للإمام أن يسترق في الكفر ، جوّز ذلك بعد الإسلام ، ومن لم يجوّز الاسترقاق ، فلا يجوز هاهنا ؛ فإن الاسترقاق زال بحكم القتل ، ثم زال القتل بالإسلام .

فَرْعٌ : **١١٤٣٠** ـ ذكر **الشيخ** في أثناء كلامه في **شرح التلخيص** أن العبد المرتدّ مالٌ يُباع ، ولو قتله مسلم ، لم يلتزم بقتله ضماناً ، ولو غصبه غاصب ، فتلف في يده ، لزمه الضمان ؛ فإنه مالٌ تام قابل للتصرفات المتعلّقة بالملك التام ، وما كان كذلك ، فهو مضمون باليد العادية[1] ، ولا يضمن بالقتل ؛ لأن قتله حكمُ إقامة الحد ، فمن ابتدر قتله من المسلمين كان مقيماً حدّ الله تعالىٰ ، وإن لم يكن له ذلك ؛ فإنه مفوّض إلىٰ نائب/ المسلمين . ش ١٩٢

وهـٰذا ممثل بعبدٍ مغصوب في يد الغاصب يقول مولاه : اقتله ، فلو قتله ، لم يضمنه ، ولو تلف في يده ، ضمنه ، ولو قطع رجلٌ يدَ مرتدٍّ ، واندمل ، وأسلم المقطوع يدُه ، فلا ضمان ، وإن لم يكن قَطْعُ اليد قتلاً ، ولم يكن واقعاً حدّاً ،

---

(١) العادية : أي المعتدية بالغصب .

ولا محمل لهـٰذا إلا أنه لو قتله ، لكان هدراً ، والأطراف تهلك بالقتل ، والذي يقرّب ذلك أن قطع الطرف لو أدىٰ إلى التلف ، لكان قتلاً ، فإذا لم يُودَ ، لم يخصص بالضمان ، والوجه أن نقول : إذا قال مالك العبد لإنسان : اقتل هـٰذا العبد ، فلو قتله ، لم يضمنه ، ولو قطع يده ، لم يضمن يده أيضاً ، قياساً علىٰ قطع يد المرتد ، والله أعلم .

فَرْعٌ : ١١٤٣١ـ ذكر **الشيخ** في أثر كلام أجراه في أحكام الكفار ، أن الكافر إذا حلف وحنث ، انعقد يمينه ، ولزمته الكفارة ، بالحنث ، وهـٰذا مشهور من أصلنا . ثم قال : فلو أسلم الكافر ، فهل تسقط عنه الكفارة ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ تسقط ، ولا يخاطب بها ، والإسلام يجبها . **الثاني** ـ لا تسقط ، كما لا تسقط عنه [القروض][1] والديون التي التزمها في الشرك .

وهـٰذا الذي ذكره يجرّ إشكالاً عظيماً على المذهب ؛ فإن الكفارة إذا كانت تسقط بالإسلام ، والطَّلِبة بها لا تتوجه على الكافر ، وليست من الأحكام المتعلّقة بالحكام ، حتىٰ يُفرض فيها [إلزامٌ][2] من الحاكم عند تقدير رضا الكافر بحكمه ، سواء إذا كان الكافر في كفارة اليمين [أو غيرها][3] ، فإذا لم يظهر طَلِبة ، والإسلامُ المتضمن التزام الأحكام يُسقطها ، فلا معنىٰ للزومها .

ولو كانت الكفارة مفروضة في الظهار ، والظهار نافذ من الكافر ؛ فإنه يقتضي تحريماً ، وإن كان لا يقطع الملك[4] ، فيتجه أن يقال : لا يرتفع التحريم إلا بالتكفير ، وبالجملة إذا أسقطنا بالإسلام كفارة اليمين ، فلا معنىٰ لوجوبها على الكافر ، والمصير إلىٰ أن كفارة الظهار تسقط بالإسلام لا أصل له .

ويلزم علىٰ مساق هـٰذا أن يقال : إذا آلى الكافر من زوجته ، ثم أسلم ، انقطع الإيلاء ، لمصيره إلىٰ حالة لو وطىء ، لم/ يلتزم بالوطء أمراً ، وقد ذكرنا أن من علّق ١٩٣ ي

(١) في الأصل : « الفروض » .
(٢) في الأصل : « التزام » .
(٣) ما بين المعقفين تقدير من المحقق .
(٤) المراد ملك النكاح .

عتق عبده بوطء زوجته ، وحكمنا بأنه مُولٍ موقوف بعدّ الأربعة الأشهر ، فلو باع ذلك العبد ، والتفريع على امتناع عود الحنث ، فينقطع الإيلاء .

فإذاً يجب القطع ببطلان سقوط الكفارة بالإسلام ؛ فإن في الذهاب إليه هدمُ القواعد . ووجوب كفارة اليمين على الكافر مشكل ، وإن كان الفقيه يتكلف لإثبات الكفارة في الظهار تبعاً للظهار ، وكذلك القول في الكفارة المتعلقة بالإيلاء .

فهٰذا منتهى المراد في ذلك .

* * *

باب
إظهار دين الله تعالىٰ

١١٤٣٢ـ تكلم **الشافعي** في هـٰذا الباب علىٰ آيةٍ وأخبارٍ ظاهرها التعرض لما سيكون ، فأما الآية ، فقوله تعالىٰ : ﴿ لِيُظْهِرَهُۥ عَلَى ٱلدِّينِ كُلِّهِۦ ﴾[1] [التوبة : ٣٣] وقد قيل : أراد إظهار دينه بالحجة ، فعلىٰ هـٰذا انتجز الموعود ، وظهرت الحجة ، ووضحت المحجة .

وقيل : أراد ظهورَ الملة في جزيرة العرب ، وهـٰذا متجه أيضاً .

وقيل : أراد استيلاء ملوك الأمة على المشارق والمغارب . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **زويت لي الأرض ، فأريت مشارقها ومغاربها ، وسيبلغ ملك أمتي ما زوي لي منها** »[2] .

وقيل : ينتجز هـٰذا الوعد عند نزول عيسىٰ عليه السلام ، وقصة نزوله مشهورة .

وأما الأخبار التي جمعها **الشافعي** ، فهي ، ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « **إذا هلك كسرىٰ ، فلا كسرىٰ بعده ، وإذا هلك قيصر ، فلا قيصر بعده ، والذي نفسي بيده ، لتنفقَن كنوزهما في سبيل الله** »[3] . وكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلىٰ كسرىٰ : « **بسم الله الرحمـٰن الرحيم من محمدٍ رسول الله إلىٰ كسرىٰ عظيم فارس** » فلما بلغه الكتاب قال : عبدي يقدم اسمه على اسمي ، ومزق كتاب رسول الله صلى الله

---

(١) وهي في سورة الفتح أيضاً : ٢٨ ، وسورة الصف : ٩ .

(٢) حديث : « زويت لي الأرض. . . » رواه مسلم من حديث ثوبان رضي الله عنه : الفتن ، باب هلاك هـٰذه الأمة بعضهم ببعض ، ح٢٨٨٩ . وأبو داود : الفتن ، باب ذكر الفتن ودلائلها ، ح٤٢٥٢ . والترمذي : الفتن ، باب ما جاء في سؤال النبي ثلاثاً في أمته ، ح٢١٧٦ . ابن ماجه : الفتن ، باب ما يكون من الفتن ، ح٣٩٥٢ . والبيهقي : ٩/ ١٨١ .

(٣) حديث « إذا هلك كسرىٰ. . . » متفق عليه من حديث جابر بن سَمُرة ، ومن حديث أبي هريرة رضي الله عنهما (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٣/ ٢٠٨ ح١٨٤٨ ، ١٨٤٧) .

عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **يمزّق ملكُه** »[١] .

وكتب إلىٰ قيصر : « **بسم الله الرحمـٰن الرحيم ، من محمد رسول الله إلىٰ هرقل عظيم الروم : أما بعد ، أسلم تسلم ، الكتاب** » وهو معروف . فلما أتاه كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أكرمه وطيبه وغلفه بالمسك والغوالي ، وقبّله ووضعه علىٰ رأسه ، وأمر حتىٰ نثر عليه . فقال صلى الله عليه وسلم ، لما بلغه الخبر : « **ثبت الله ملكه** »[٢] .

ش ١٩٣ أما الأخبار في/ هلاك الأكاسرة ، وتمزق ملكهم ، فلا اختلاف فيه ، وأما حديث قيصر ، فقد روي أنه قال : « **إذا مات قيصر ، فلا قيصر بعده** » معناه : لا قيصر بعده بالشام ، وكانت القياصرة تسكن الشام ، وهي دار ملكها . وأما قوله : ثبت الله ملكه أراد امتداد ملك القياصرة ، وهـٰذا حق معاين ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « **لتنفقن كنوزهما في سبيل الله** » **أي كنوز قيصر الشام ، وقد أنفقت** ، وقيل : أراد جملة القياصرة ، وهـٰذا سيكون في آخر الزمان .

❊ ❊ ❊

---

(١) حديث كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلىٰ كسرىٰ ، رواه البخاري من حديث ابن عباس : المغازي ، باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلىٰ كسرىٰ ، وقيصر ، ح٤٢٢٤ .

(٢) حديث كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلىٰ قيصر متفق عليه من حديث أبي سفيان رضي الله عنه الطويل (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٢/ ٢١٩ ح١١٦٢) .

قائمة ببعض الألفاظ التي تعذر قراءتها

آملا أن ينكشف وجهها لبعض الباحثين

صفحة ١٠ الحاشية (٢)

صفحة ٢٥٣ الحاشية (٢)

صفحة ٢٥٨ الحاشية (١)

صفحة ٢٨٤ الحاشية (٢)

تعذر العطار وتمادي الزمن ولا يزداد المستأخرون الا اشرا فلنا الا ربط
على ما ذكرناه من السؤال عن غاية الامام وكلامه فانه ان احسن
اقامة الضوابط والزم بعصمته الاطلاع ومهد طرق تقادف

صفحة ٣٦٤ الحاشية (٣)

وكم لك لو كان يتعاطى الشرب او غيره من المنكرات فالقول
على ما ذكرناه والخارج من النظر ان السلطان لو دفع من اعمال الحاكم
بامره الدا من دفعه بالرد الى الطاعة واما الحاد الناس فعلى العهد
من تسلط على ذلك وهذا الارتقيه الاصوليون لا يرى خطر الشرب

صفحة ٣٧٠ الحاشية (٤)

ولقد احترز الاسلام فان احوجنا الى ترك الشارع النظر فنحن
ضرورة وانا نحوم ما دون على تغيير وجه الرأى فلو صار ملك
عظيم الى طرف من بلاد الاسلام وعلمنا انه لا يلتقى الا ما لرايه العظمى

صفحة ٤١٥ الحاشية (١)

قال وانا ما ذكرنا فضل الرهبان اتباعا لابي بكر الى اخرم اصحاب الصوامع
والديارات والرهبان والشيوخ الذين لا يرى لهم والزمنى والعسفاء
وهم الاجرا والحراثون المشتغلون بشغلهم في الحراثة هل

صفحة ٤٦٣ الحاشية (٣)

ان منع جريان الذين يختص بالرهبانية فهذا سبب تعظيم الكفر
ولا سبيل اليه والمرهب يعظم بريبة الكفر وتدرس فجري له
لهدمت صوامع الى ما يقرب من يعني الا والله اعلم

صفحة ٤٦٥ الحاشية (١)

* * *

مُحتَوى الكِتَابِ

المحتوى **الصفحة**

* * *